

UNIVERSIDAD DE PANAMA
VICERRECTORIA DE POSGRADO Y MAESTRIA
DOCTORADO EN DERECHO CON ENFASIS EN
DERECHO CIVIL

***LA APLICACIÓN DIRECTA DE LOS DERECHOS
CONSTITUCIONALES EN LAS
RELACIONES JURIDICO-PRIVADAS***

TESIS DE GRADUACIÓN SOMETIDA A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL
EXAMINADOR DEL PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO CON
ENFASIS EN DERECHO CIVIL

PARA OPTAR AL GRADO DE:

Doctor en Derecho con Énfasis en Derecho Civil

INDIRA VERUSKA RUIZ SIMPSON

Panamá

2017

DEDICATORIA

Al que tiene las Siete Estrellas
Al que anda en medio de los Siete candeleros de oro
Al Primero y el Postrero
Al que estuvo muerto y vivio
Al que tiene la Espada aguda de dos filos
Al Hijo de Dios que tiene ojos de fuego y
Pies semejantes al bronce bruñido
Al que tiene los siete Espiritus de Dios y las
Siete estrellas
Al Santo y el Verdadero que tiene la llave de
David que abre y ninguno cierra y que cierra
Y ninguno abre
Al Amen El testigo fiel y verdadero
Al Principio de la creacion de Dios

Al Señor Jesucristo, mi Amado

AGRADECIMIENTO

Al Espiritu Santo por no dejarme sola

A mis Padres Noris Simpson y Napoleon Ruiz por su crianza amor y entrega

Igualmente a mis hijos Helion y Juan por la paciencia en la realizacion de este trabajo

Tambien a mi sobrino Aimar por su amor hacia mi

Agradezco a mis Guías Espirituales Vielka Pajaro de Ortega Fermina Braham Benito Tuñón Leslie Ismay Markela de Ismay Maria Ortega de Caceres Carlos Caballero Gilma de Caballero por la semilla apostolica y profetica sembrada en mi interior para que lo espiritual de Dios se alineara con lo espiritual mio y llevarme a conocer a Jesus Glorificado

Y no menos importante Al Doctor Julio Lombardo por la guia en esta tesis y sus sabios consejos

Como tambien todo aquel que oro por que este sueño fuese realidad

ÍNDICE

DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
INTRODUCCION	5
CAPÍTULO I MARCO CONTEXTUAL Y ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO CIVIL REGENERACIÓN DE LAS RELACIONES JURIDICO PRIVADAS	12
1 1 El Problema	12
1 2 Planteamiento del Problema y Justificaciones	12
1 3 Objetivos de la Investigacion	19
1 3 1 Objetivos Generales	20
1 3 2 Objetivos Especificos	21
1 4 La Pregunta	21
1 5 Hipotesis	22
1 6 Marco Metodologico	23
1 7 Proposito y Aporte de la Investigacion	23
1 8 Fundamentacion historica juridica del Derecho Civil en el Derecho Constitucional	23
1 8 1 La Normatividad Constitucional Civil desde la Perspectiva del Estado Legal Estado Social hasta el Neo-constitucionalismo	36
1 8 2 La Vinculacion Asimetrica del Derecho Civil y el Derecho Constitucional	40
1 9 Antecedentes de la Teoria de la Drittwirkung der Grundrechte	45
1 9 1 El Precendente El Caso Luth	45
1 9 2 Jurisprudencia Alemana Anterior al Caso Luth	55
1 9 3 Jurisprudencia Posteriores al Caso Luth Lebach y Blinkfuer	56
1 9 4 Influencia de los Civil Right Act y Jurisprudencia Norteamericana	57
1 9 5 Caso Italiano	60
1 9 6 Caso Samuel Kot Argentina	60
1 10 Nomenclaturas o denominaciones despues del fallo Luth	62
1 10 1 La Paternidad Jurisprudencial y la Paternidad en el termino	63
1 10 2 Drittwirkung der Grundrechte y otras acepciones	63
1 10 3 Aplicacion de las normas constitucionales en las relaciones privadas	65
1 10 4 Derecho Civil Constitucionalizado	67
1 10 5 Modalidades de Derecho Civil Constitucionalizado	68
1 11 Normatividad Constitucional de las normas civiles y sociales en la Historia Pre Republicana y Republicana	73
1 11 1 La Constitucion de 1886 Colombiana y la Insercion de normas constitucionales en elCodigo Civil	75
1 11 2 Las Constituciones republicanas 1903 1972 con las reformas hasta 2004 y elCodigo Civil Panameño	78

1 11 2 1	Constitucion Nacional de 1904 y elCodigo Civil de 1917	79
1 11 2 2	Constitucion Nacional de 1941 y elCodigo Civil Panameño	81
1 11 2 3	Constitucion Nacional de 1946 y elCodigo Civil Panameño	83
1 11 2 4	Constitucion Nacional de 1972 y hasta las reformas del 2004 y elCodigo Civil Panameño	84
1 12	Los fallos que determinan la situacion de la Eficacia y Validez de los derechos constitucionales en las relaciones juridicas privadas	85
1 12 1	Fallo del Juez de Cocle	88
1 12 2	Fallo de Pleno de la Corte sobre un Amparo (Art 17)	93
CAPITULO II ESCENARIO DEL POSITIVISMO JURÍDICO HACIA LA NOMOARQUICA PARA LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN LAS RELACIONES JURIDICO PRIVADAS		103
2 1	Los postulados del Positivismo Juridico y La tesis de la Aplicacion Indirecta o Mediata de los derechos constitucionales en las relaciones juridico privadas	107
2 1 1	La posicion del Fallo Luth el Origen	110
2 1 2	Eje Central de la Tesis de la Aplicacion Indirecta o Mediata de los derechos constitucionales en las relaciones juridicas de los particulares	112
2 1 3	Los Opositores que Apoyan la Aplicacion Indirecta	112
2 1 4	Otras Tesis Desprendidas de la Aplicacion Directa	115
2 2	Posturas Contrarias y las Tesis de Shawe –del problema aparente y de Lombardi	116
2 2 1	Teoria de Shawe	118
2 2 1 1	La Probabilidad de no Existencia de la Drittwirkung der Grudenchte	119
2 2 2	Tesis de Lombardi	120
2 3	La Tesis de la Aplicacion Directa de las normas constitucionales el fundamento en la perspectiva de los Principios	121
2 3 1	Posturas Doctrinales de la Tesis de Aplicacion Directa	125
2 3 2	Detractores de la Tesis de la Drittwirkung	127
2 3 3	Los Principios y Reglas en Dworkin para la Aplicacion Directa	130
2 3 3 1	En las Reglas su Formula es se aplica o no	131
2 3 3 2	Los Principios y la Dimension de Peso	134

2 3 3 3 El Caso Difícil de Dworkin y las lagunas	135
2 3 4 La posición de Gustavo Zagrebelsky en el Contexto de los Principios y Reglas	138
2 3 5 Los postulados de Robert Alexy y la Aplicación Directa en cuanto a la diferenciación de los Principios y las Reglas	142
2 3 6 Los Tres Niveles en la Aplicación de los derechos de las relaciones particulares	143
2 3 7 Hacia la solución Nomoarquica	146
2 3 7 1 Principios A priori y Principios Generales del Derecho	148
2 3 7 2 Descubrimiento del Principio	158
2 3 7 2 1 Métodos para descubrir el Principio	160
2 3 7 2 1 1 Diagnóstico pre descubrimiento Metodológico	161
2 3 7 2 1 2 Descubrimiento mediante el Método Inductivo	163
2 3 7 2 1 3 Descubrimiento mediante el Método de Intuición emotiva-sentido Común	167
2 3 7 2 1 4 El Método Deductivo	165
2 3 6 3 Vías para Descubrir el Principio	166
2 4 Enfoques de la Tesis de la Drittwirkung der Grundrechte en el Escenario de España Colombia Chile Ecuador Uruguay y Perú	172
2 4 1 España	172
2 4 2 Colombia	179
2 4 3 Chile	187
2 4 4 Ecuador	190
2 4 5 Perú	195
2 4 6 Uruguay	198

CAPÍTULO III ¿PUEDE PANAMÁ APLICAR DIRECTAMENTE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN LAS RELACIONES JURIDICO-PRIVADAS? ¿EN QUÉ CATEGORÍAS DEL DERECHO CIVIL LAS APLICARÍAN?

3 1 La Civilización Constitucional o Normatividad Constitucional Civil	206
3 2 El Principio de la Justicia como Equidad para Justificar la Aplicación Indirecta o Directa de las normas constitucionales en las relaciones jurídicas-privadas (O la Teoría de la Drittwirkung)	209
3 3 De la Drittwirkung der Grundrechte indirecta en el ordenamiento jurídico panameño	213
3 4 Bases para la aplicación de la Drittwirkung der Grundrechte Directa el Derecho Civil Patrio	223

3 4 1 La Analogia Procedimiento Analogico Interpretacion Analogica o Interpretacion Extensiva	237
3 4 2 Doctrina Constitucional Aplicacion Directa mediante Principios Consignados en la Constitucion y en las Sentencias Constitucionales	239
3 4 2 1 La Doctrina Constitucional y el Principialismo Relacion Horizontal	243
3 4 3 Las Reglas Generales de Derecho o Principios Generales del Derecho Plataforma ideal de la Aplicacion Directa de las Normas y Principios Constitucionales para llegar a un Fallo de Justicia y Equidad en las relaciones juridico privadas	243
3 5 Los Principios y las Categorias del Derecho Civil	244
3 6 Las categorias del Derecho Civil en que se aplicaria directamente las normas constitucionales en los particulares	255
3 6 1 Las Personas Naturales y Juridicas y el Principio de la Dignidad Humana	256
3 6 2 De los Bienes que incluyen la Propiedad en si los derechos reales	265
3 6 3 Los Contratos y la Libertad Contractual La posicion de la Autonomia de la voluntad frente a la Drittwirkung Directa	270
3 6 4 La Herencia o Derechos Sucesorios	274
3 7 Propuesta legislativa a fin de Aplicar las normas constitucionales de Forma Directa en las relaciones juridicas privadas	276
3 8 Propuesta de Ciencia Juridica (Principialistica) desarrollada por la Argumentacion juridica como formula hermeneutica en la Drittwirkung directa	279
CONCLUSIONES	283
RECOMENDACIÓN	291
BIBLIOGRAFÍA	292

INTRODUCCIÓN

La elección de la Aplicación Directa de los derechos constitucionales en las relaciones jurídico-privadas no fue casual a prima facie sino necesario ante las múltiples situaciones que presentan estas relaciones el ámbito jurídico que al resolverlas no cuentan con una normativa directa o bien oscuridad de la norma aplicables o la ausencia de aplicación de un derecho fundamental en el conflicto. La puesta en marcha mediante la Constitucionalización del Derecho Civil la aplicación directa de los derechos constitucionales en las relaciones jurídicas privadas o de tráfico privado sin tener que realizar la tarea mediante las reformas a la Constitución sino simplemente reconocer al Juez ordinario determinar si en una relación jurídica privada se han vulnerado los primeros derechos con que los hombres han contado desde su existencia los derechos naturales del hombre que el desarrollo del derecho ha llamado derechos humanos y que se han incluido en los textos constitucionales.

Las generaciones de los seres humanos son cambiantes tanto como el tipo de relaciones que se han desenvuelto en cada una de ellas por lo que se reconstruyen las fórmulas de regular o normar esas mismas relaciones. Sin embargo el Derecho Civil desde su nacimiento tiende a mantenerse inmutable y más aun en nuestro país con 100 años del Codex Civil.

Mi trabajo o el Propósito de este es crear conciencia para determinar la vía que el sistema jurídico ponga en marcha a través de una fórmula clara que regenere la normatividad civil panameña mediante la aplicación directa de las

normas constitucionales en las relaciones jurídico privadas; es decir, que sigamos aplicando el Código Civil, pero reconociendo que en esas relaciones se pueden vulnerar los derechos naturales-del ser-, o humano, que, reconocidos en una Constitución, les llamamos Derechos Constitucionales o Fundamentales.

Es natural que, la estructura presente de la sociedad y del Derecho, permite muchas veces que los particulares en sus relaciones en cuanto a sus obligaciones tanto de negocios en términos generales, matrimonios, sucesiones, y las categorías sujetas a ese derecho civil común, se tiendan a oponer entre unos y otros, y esto trae consecuencias como la vulneración de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente.

El Primer Capítulo se desarrolla conforme al Problema que enfrentamos de casos reales que, en unas relaciones jurídicas de particulares se vulneran derechos constitucionales, ya que los jueces están estrictamente obligados con la legislación actual, a aplicar la norma específica al caso correspondiente y en el evento que no haya norma aplicable al caso concreto, establece la aplicación de la “Doctrina Constitucional”.

Nuestro Objetivo General en este trabajo, es determinar claramente la aplicación directa de las normas constitucionales en las relaciones jurídico-privadas o *Direktwirkung der Grundrechte*, y presentamos como objetivos específicos la valoración de los principios fundamentales constitucionalizados no sólo son oponibles frente al Estado, sino también frente a las relaciones de tráfico privado u horizontales.

El marco teorico empieza enunciando las denominaciones que ha brindado la doctrina civil y constitucional al proceso de reconocimiento de esos derechos del hombre o humanos constitucionalizados a las relaciones entre los particulares que nacieron bajo el paraguas de la autonomia de la voluntad. Recorremos en el tiempo el desarrollo y las orientaciones juridicas que dieron lugar a la Teoria Alemana **DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE** sus antecedentes que si bien son de origen aleman y su reconocimiento doctrinal. Tambien estan las aplicaciones que la justicia norteamericana emitio mediante sus jurisprudencias la aplicacion de normas de derechos humanos o Humans Rights en las relaciones juridico-privadas basandose en los temas de esos tiempos y que no acaban en cuanto al Racismo y que fueron antes de que surgiera a la luz el Boicot de Luth ante la Pelicula de La amada Inmortal que determino lo que llamamos hoy Teoria de la Drittwirkung. Asi tambien esta el desarrollo que ocupo este tema en los paises como Italia y España. Determinamos iniciar con el estudio la evolucion de ese reconocimiento y la unificacion de los derechos civiles y los derechos constitucionales a traves de un recorrido de la historia constitucional antes de la Republica con la Constitucion de 1886 que incluye en elCodigo Civil Colombiano el capitulo completo de Derechos Individuales Sociales y Culturales de la Constitucion. Este excepcional reconocimiento nos lleva a preguntarnos por que el constituyente determino incluirlo. Desde 1903 a la fecha han sucedido una serie de hechos que hacen retroceder las relaciones entre la Constitucion y sus normas que ya se ven como programaticas como declaraciones solo aplicables en cuanto a normas subjetivas publicas y por el Corte delCodigo Civil que deviene

de la influencia Napoleonica copiada por De Bello con ciertas adaptaciones al ambiente latinoamericano. La independencia civilista nos hace mantener en camas separadas a estas dos ramas del Derecho por tanto requerimos desarrollar en este capitulo la diferenciacion de la ciencia juridica de Derecho Constitucional y la del Derecho Civil en sus inicios y establecemos como al paso del tiempo las mismas han tenido que tener un matrimonio de hecho bien por el Neo constitucionalismo moderno y para la solucion de los problemas que aquejan el Siglo XXI de los cuales habrian necesariamente que regresar a preocuparnos por el Hombre y los Derechos naturales inherentes en el y que no deben violentarse o vulnerarse en medio de las relaciones que se producen por la vida diaria sea familiar sea comercial sea inter vivos o por mortis causa

Despues de este estudio en el Segundo Capitulo nos dedicaremos a desarrollar la Tesis de la aplicacion indirecta y una sub tesis que se desprende de ella que es la del Deber del Estado de proteccion luego realizamos unos planteamientos con la posicion ideologica de Schawe que niega la existencia del problema de la Drittwirkung der Gruentche como problema aparente solamente Entramos en el analisis de la Teoria de aplicacion directa de las normas constitucionales en las relaciones juridicas privadas o relaciones de horizontalidad en los cuales destacamos ampliamente a los que la defienden y a los opositores de planteamientos Terminando con una co construccion en las posiciones doctrinales en Dworkin con las diferencias de los Principios y reglas la que hace Gustavo Zagrebelsky y la de Robert Alexy y sus tres posiciones en cuanto a la aplicacion directa por parte de los jueces de los derechos humanos

constitucionalizados o derechos fundamentales y que resultan las bases para poner en la praxis la aplicacion directa de los derechos constitucionales en las relaciones juridico-privadas para adecuar la implementacion de la aplicacion directa mediante la Nomoarquica o Principialistica que defiende el distinguido Profesor Hernan Valencia Restrepo determinando que con los metodos inductivo y el metodo emotivo-intuitivo lograremos descubrir el Principio constitucional aplicable al problema juridico-privado o en las relaciones juridicas privadas para argumentar la solucion del conflicto Luego analizamos las vertientes en las cuales se aplica directamente las normas constitucionales en las relaciones juridicas privadas tanto en las lagunas o la falta de la normativa infraconstitucional civil y en los casos en que hay conflictos de normas y revelamos como se ha tratado la aplicacion directa en los paises en que se ha constitucionalizado y los que la aplican mediante la tecnica juridica delCodigo Civil y recorremos el tratamiento de la aplicacion directa de las normas constitucionales en las relaciones privadas en los textos constitucionales-civiles de los paises como España Colombia Chile Ecuador Peru y Uruguay

El Capitulo Tercero planteamos que la necesidad de aplicar directamente las normas constitucionales en las relaciones juridicas privadas conlleva producir soluciones juridicas que no solo sean en derecho sino tambien en justicia fundamentada en una Justicia con equidd con siderada por John Rawls en proporcion con las institucionales recnocidas en y por la sociedad en la Constitucion Para Rawls la justicia como equidad se presenta en el reconocimiento de la igualdad libertad y la recompensa por servicios que

contribuyan al bien comun y el Preamble de nuestra Constitucion Nacional propende a ello Es mediante el Principio de la Justicia como equidad que se da la justificacion de aplicar normas o principios constitucionales en las relaciones juridico-privadas que se den en nuestro pais La formula de Aplicacion directa de las normas constitucionales en Panama por medio de una insercion de su aplicacion en el articulo 2 delCodigo Civil por la falta de normativa infraconstitucional aplicable al caso y que en el caso de conflicto podemos resolverlo mediante el articulo 12 de Nuestro Codigo Civil Y presentamos la propuesta de la Ciencia juridica de aplicacion de la Principialistica como metodo hermeneutico de la Argumentacion Juridica

Ahora bien en este trabajo nos ocuparemos esencialmente de la aplicacion directa de las normas constitucionales en las relaciones privadas necesarias en algunos casos por la insuficiencia de normas en el ordenamiento juridico privado que regulen y resuelvan las controversias en la esfera privada ante el surgimiento de situaciones y derechos producto de la evolucion social y la posible lesion de derechos fundamentales Una vez reconocida la propuesta legislativa es mediante la propuesta de la ciencia juridica Principialistica que desarrolla la Argumentacion juridica como argumentacion principal que desarrollara el juzgador para un fallo justo y que reconozca los derechos fundamentales de las partes

CAPITULO I

CAPITULO I MARCO CONTEXTUAL Y ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO CIVIL REGENERACION DE LAS RELACIONES JURIDICO PRIVADAS

1.1 El Problema

Existe una pluralidad de casos en los que ante una relacion juridica entre particulares debiendose aplicar un principio fundamental constitucionalizado los jueces proceden en la eventualidad de aplicacion del derecho a recurrir a la norma que establece la prioridad de la normativa especial lo que trae como consecuencia eventualidades en las que resulta imposible la aplicacion del respectivo principio fundamental

1.2 Planteamiento del Problema y justificaciones

Desde los primeros años de estudios de Derecho grabe dos maximas del Profesor Bonifacio Difernan la primera el hombre no es para el Derecho sino el Derecho para el Servicio del Hombre y pareciera que ahora el hombre ha renunciado a sus derechos de libertad por seguridad juridica y la otra que decia ampliamente si estas frente a un caso donde tienes que aplicar el Derecho y la Justicia prefiere la Justicia al Derecho Empero frente a la realidad que enfrentamos esas maximas son casi imposibles de aplicar en medio de un entorno totalmente Positivista aunque te vuelvas un litigante ilusionista o un intrepido juez tanto en realizar una interpretacion mas alla del texto literal o buscando la ultima ratio mediante los principios de Derechos constitucionalizados llegaremos a ser crucificados de no aplicadores de la

norma o arbitrarios o peor tener advertencias de inconstitucionalidad en el orden de la interpretacion o desconocimientos de las normas y no porque en la solucion dada a tal o cual problema no se este aplicando un principio de derecho humano constitucionalizado sino porque no se cuenta con una norma hermeneutica que permita la aplicacion directa de esos principios constitucionalizados en el evento de su vulneracion y en un conflicto entre particulares que profile inexistencia de la norma especifica para el caso determinado no podemos dirignos a la norma constitucional

En el evento de acceder a ese derecho de Justicia a traves de los procesos de Tutela que permite nuestra Constitucion el articulo 54 de la Carta Magna veda resolver ante una vulneracion de derechos fundamentales en una relacion inter privates proceso constitucional de Amparo de Garantias Constitucionales

Las relaciones juridicas entre los particulares a lo largo de los años segun nos cuenta la historia han pasado por diferentes estadios de regulacion – costumbres sociales ley escrita instituciones juridicas Codigos Constituciones En medio de ellas los hombres que componen las sociedades en las que viven las han recepcionado intrinsecamente o de manera internalizada y sometido a ellas muchas veces declinando ciertos derechos individuales para mantener un equilibrio en la misma sociedad que formula esas normativas reguladoras para sus relaciones inter personales Sin embargo cuando en esas relaciones surgen conflictos o dificultades y son sometidas a la jurisdiccion de derecho privado **de la justicia rogada** no precisa que ese conflicto se resolviera tomando en cuenta los

derechos innatos humanos hoy reconocidos como derechos constitucionales y por ultimo fundamentales

Nuestro estudio va encaminado a determinar la forma de aplicabilidad **directa** los derechos constitucionales en la solucion de conflictos de las relaciones juridicas privadas que implica la conciencia del juzgador no solo el silogismo acostumbrado sino una internalizacion de los derechos humanos positivizados que probablemente puedan estarse vulnerando ya sea porque la relacion juridica privada nacio con tales vulneraciones o porque en medio del desarrollo de ellas uno de los participantes ya sea por razones de superioridad economica las multinacionales las empresas mixtas de servicios publicos Estado privadas los contratos pre elaborados o de adhesion y las que prestan servicios que generan frente al individuo como unidad quedan en desigualdad juridica frente a una contratacion o ya sea por desconocimiento de derechos humanos reconocidos constitucionalmente por parte de alguno de ellos Tenemos así el caso de la señora Ramos Castillo se disponia a utilizar su telefono A continuacion al llevarlo a su oido alguien le decia El servicio se encuentra suspendido por falta de pago Lo invitamos señor usuario a arreglar su situacion financiera con la empresa A su vez la empresa empleaba el ingenioso medio de persuasion aseguraba que tal mecanismo no afectaba de ninguna manera el derecho de la preocupada ama de casa en el ejemplo up supra se resolvio

En ese mismo orden de ideas la Corte encuentra que la instalacion de un mensaje permanente en una linea residencial suspendida en el que se invita a los deudores morosos del servicio de telefono a cancelar sus deudas vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar Por lo tanto ordenara a la empresa Telecom que ordene la

remocion de la grabacion interna aun cuando la grabacion externa que informa acerca de la suspension del servicio no vulnera los derechos fundamentales de la demandante (Corte Constitucional Sala Quinta de Revision sentencia T 814 de 2003 M P Rodrigo Escobar Gil)

O bien de un

Club Privado los Lagartos se niega a filiar como hijos de socia a un niño extramatrimonial así se encuentra establecido por los estatutos de la asociacion en los que se preve que se permitira la inscripcion de los hijos de los socios que tengan la calidad de hijos legitimos o adoptivos o los legitimos del conyuge No otros **Se trata entonces de un asunto de derecho privado**

En ese sentido desglosamos las posiciones que adoptaron los juzgadores de primer y segunda instancia en este proceso

La primera instancia dentro del presente proceso concedio el amparo y ordeno al club inaplicar por ser contraria a la constitucion el literal h del articulo 10 de los estatutos del club tambien que en un termino perentorio se permitiera la afiliacion del interesado como hijo de socio Ello porque considero que la disposicion en virtud de la cual se negaba al niño el acceso al club resultaba franca y abiertamente violatoria de su derecho a la igualdad

Por el contrario el juez de segunda instancia decidio revocar el fallo del *a quo* y en su lugar denegar el amparo El fallador considero que la demanda de tutela resultaba improcedente por estar dirigida contra un particular respecto del cual el demandante no se encontraba en estado de indefension y porque ademas se pretendia cuestionar mediante ella la validez de actos de caracter privado ajenos a la competencia del juez de derechos fundamentales

5.2 De manera preliminar esta Sala debe asumir el estudio de la procedencia de la presente accion de tutela por ser el demandado una persona de derecho privado –un particular– contra el cual al tenor de lo dispuesto en el articulo 86 de la Carta política solamente procede excepcionalmente el proceso de amparo constitucional

Y la Corte determino que

En síntesis esta Corte considera que la Corporación Club Los Lagartos discriminó al menor Simón López Simmons violando su derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta al aplicar en su caso sin considerar que es una norma que resulta abiertamente inconstitucional especialmente cuando el afectado por ella es un menor de edad el artículo 10 literal h de los Estatutos internos de dicha corporación negándole la calidad de hijo de socio por ser extramatrimonial. En consecuencia esta Sala revocará el fallo dictado en segunda instancia el trece (13) de noviembre de 2007 por el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá mediante el cual este a su vez decidió revocar el fallo dictado en primera instancia el trece (13) de agosto de 2007 por el Juzgado 33 Civil Municipal de Bogotá concediendo el amparo en la acción de tutela interpuesta por Mauricio López Barrientos en representación de Simón López Simmons contra la Corporación Club Los Lagartos. En su lugar confirmará por las razones expuestas en esta sentencia esta última decisión (Corte Constitucional Sala Primera de Revisión sentencia T 433 de 2008 M P Jaime Araujo Rentería)

Estos casos señala **Juan Jacobo Calderón Villegas** (2013) en La Constitucionalización del Derecho Privado que estos casos fueron de derecho privado fueron decididos finalmente por la Corte Constitucional de Colombia. Utilizo para eso norma que se consideran usualmente manifestaciones prototípicas del derecho público. Empleo referente constitucionales enunciados abiertos y por ello especialmente indeterminados en su significado y alcance.

Por otro lado por causa de querer mantener en las democracias actuales los ideales de la sociedad feudal burguesa protegiendo estas relaciones jurídicas privadas por los principios de autonomía de la voluntad y la libertad contractual que se mantienen incólumes en muchas legislaciones que contamos con las copias de los Códigos Civiles Napoleónico (1804) en Francia y de Código de Dolo (1855) de Chile que emergieron en el Derecho civil como protector y no como

vulnerados de las normas constitucionales de derechos humanos sean de dignidad humana de intimidad sociales que hasta lo consagran definitivamente son las bases que hacen que hasta hace poco el Estado no tuviera intervencion o injerencia alguna en las relaciones privadas y que las normas constitucionales se consideraran solo como subjetivas publicas y aplicables solo para las actuaciones verticales entre El Estado y los particulares y no entre los particulares entre si en una relacion horizontal o lo que llaman los alemanes objetiva de valores

Asi las cosas mediante cambios de pensamientos en las sociedades modernas y de los ius filosofos y la jurisprudencia en el continente europeo la norma constitucional dejo de verse como un programa que requeria un desarrollo para su implementacion sino que ahora al aceptarla como norma de aplicacion fenomeno este reconocido como Neo constitucionalismo o del Estado Legal al Estado Constitucional y cualquiera norma inferior contraria a ella es acusada de inconstitucional y directa a ser derogada Esto afectando al derecho civil que en su aplicacion e interpretacion de las normas establece que ante una contrariedad entre la norma general o especial y la constitucional se elige la ultima y alli es donde empieza nuestro trabajo aunque solo en terminos generales pues la parte principal del mismo es que la norma constitucional se aplique directamente en las relaciones juridicas privadas en el juez ordinario por medio de los metodos que hoy han surgido de la doctrina con la jurisprudencia alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte* que surgio en el siglo pasado pero ya esta doctrina jurisprudencial se ha convertido en lo que el derecho en general ha llamado

Constitucionalización de los Derechos y en cuanto a nuestra ciencia jurídica Derecho Civil Constitucionalizado o Constitucionalización del Derecho Civil El ordenamiento jurídico de hoy por causa de la elevación de derechos humanos sean individuales sociales de desarrollo o medio ambiente o derechos humanos informáticos o los de protección a la intimidad o datos personales llamados derechos fundamentales a través de la Constitución debe procurar que los mismos sean garantizados y aplicados

Hoy por hoy podemos ver la necesidad clara de estos tanto en los casos anteriormente citados como en el caso de una servidumbre de paso entre

Ismael tiene 64 años de edad Dulcelina 81 que tiene 21 años viviendo en un pequeño predio enclavado entre otros inmuebles vecinos sin acceso directo a la vía pública Contaban con una servidumbre de tránsito sobre terrenos de propiedad del señor García constituida por escritura pública e inscrita

El señor García decidió impedir el libre tránsito de la pareja con el argumento de que por el sendero por el cual atravesaban su finca llevaban un burro para labores de carga pero el camino estaba destinado exclusivamente para el tránsito de personas y no de animales

El señor García instaló puertas cerradas con candado y cerco con alambre de púas el terreno obligando a los ancianos a **arrastrase por debajo del alambrado y a cargar al hombro los productos de su finca con cuya venta se procuraban el diario sustento** ” (El sombreado es nuestro) (Parra Benítez 2011 pag 1290)

Según la Corte el señor García debía haber obrado de modo diverso el deber de solidaridad impedía que únicamente se velara por su derecho de propiedad Por ende la ley civil debió ceder su lugar a la disposición constitucional (p 1290)

Este es un ejemplo claro del fenómeno que se suscita ante un derecho de propiedad a ejercer frente a derechos humanos o de principios constitucionalizados que están por encima que la norma de propiedad común Y es parte de una normativa ideada en un tiempo que exigía el no abuso del poder

del Estado pero ahora nos encontramos ante un abuso de los particulares por una sociedad egoista insensibilizada por las tecnologías y la falta de la buena fe de los asociados no teniendo en cuenta ni siquiera un concepto de justicia que John Rawls propuso como en Teoría de la Justicia y que la aplicación directa mediante la teoría que defiende Dworkin es para un caso práctico conforme a los principios y que estos pueden adecuarse según la Teoría de los derechos Fundamentales de Robert Alexy como fundamentación filosófica que

Por ello es necesario reconocer que La aplicación de la Constitución a las relaciones del derecho privado es algo que hoy por hoy no puede discutirse. Se sostiene que es posible una aplicación directa sin necesidad de que exista una ley ordinaria que concrete o desarrolle el texto constitucional y también una aplicación extensiva u horizontal los derechos y principios constitucionales no son solo oponibles a los órganos estatales sino también a los particulares ya que estos están también obligados a cumplir las disposiciones de la Constitución. Y además muchas normas constitucionales tienen incidencia directa en la conformación del sistema de derecho privado (Corral Talciani Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado 2010)

En nuestro País al estar imposibilitados o verse impedidos los particulares en sus relaciones jurídicas privadas de exigir la tutela judicial efectiva de derechos fundamentales a través de un Proceso de Amparo solo les resta la aplicación directa de los derechos constitucionales en sus relaciones privadas

1.3 Objetivos de la investigación

Como toda investigación en términos generales es necesario que la llevemos a determinar el objetivo o los objetivos que se quieren alcanzar y que este al final de la investigación

1 3 1 Objetivos Generales

- Determina las teorías de aplicaciones directas e indirecta de las normas constitucionales en las relaciones jurídicas privadas mediante el Proceso denominado Constitucionalización del Derecho Privado
- Establecer los modelos filosóficos que proponen el cambio de paradigma para que se apliquen las normas constitucionales en las relaciones jurídicas privadas de forma directa en los casos de lagunas jurídicas o insuficiencia de norma aplicable por medio de los principios generales del derecho constitucionalizados

1 3 2 Objetivos Específicos

- Identificar la teoría que desarrolla la aplicación indirecta y directa de las normas constitucionales en las relaciones jurídicas privadas y reconocer el tratamiento del concepto en Panamá
- Identificar la vinculación asimétrica del Derecho Constitucional y el Derecho Civil moderno
- Identificar en las Tesis de Ronald Dworkin y Zagrebelsky los Principios Reglas y directrices para los casos difíciles y la de Robert Alexy en cuanto a las reglas y principios lograr que el Juzgador aplique las normas

constitucionales en las relaciones juridicas privadas mediante la Nomoarquica o Prncipialistica de Valencia Restrepo

- Determinar el o los metodos de hermeneutica juridica que puedan lograr que el juzgador primario aplique directamente la norma constitucional en los casos donde las partes sean dos particulares existiendo la norma especifica o no

1 4 La Pregunta

¿Como puede el Juzgador ordinario desde la legislacion panameña aplicar directamente las normas constitucionales en las relaciones juridico privadas?

Nuestro pais cuenta con una Constitucion Nacional la cual rige para todos los panameños y extranjeros que sean transeuntes en el territorio nacional y las autoridades de la Republica estan instituidas para proteger la vida honra y bienes de estos y asegurar los derechos y deberes individuales y sociales Tambien cuenta con unCodigo Civil que data desde 1917 es decir de 100 años de vigencia y que somete a los nacionales y extranjeros a la ley En este primer caso ambos textos en sus articulos 17 y 1 respectivamente cuentan con esta normativa

Estos dos cuerpos juridicos parte del ordenamiento juridico tiene a su haber un compartimiento expreso al momento de ensartarlas por parte de nuestro Codigo Civil primeramente que ninguna norma de el puede ser contraria a la Constitucion y de existir alguna debe ser declarada

inconstitucional pero mientras eso ocurra el juzgador debera elegir la constitucional en vez de la que esta en elCodigo Civil Sin embargo si no existe norma a aplicar en un caso este Codigo señala que debe buscarse en casos o materia semejantes y en su defecto **la doctrina constitucional**, y sino las reglas generales de derecho y la costumbre en ningun caso la Norma constitucional (Por dos razones de tipo constitucional y no civil que es la guarda de la Constitucion y la otra que la interpretacion de las normas constitucionales esta vedada para la Corte Suprema de Justicia en Pleno) Es decir no se aplica la norma constitucional sino la doctrina emanada de la maxima autoridad que la aplica y la interpreta

1 5 Hipotesis

Por insuficiencias del sistema y ordenamiento juridico no hay una aplicacion consistente de los principios fundamentales reconocidos en la Constitucion (considerados como derechos constitucionales) y la solucion de casos inherentes a relaciones juridico privadas existiendo ante insuficiencias normativas que limitan la disponibilidad de soluciones a casos no previstos unicamente la pauta reconocida en elCodigo Civil que le da prioridad a la aplicacion de la norma especial (en circunstancias en que en otras latitudes se ha utilizado el amparo para la solucion de casos inherentes a relaciones juridico privadas imposible en Panama porque solo el Amparo es oponible para actos ordenes de hacer y no hacer emitidos por el Estado) planteando esta situacion el problema de anular la posibilidad de hacer efectivo el respectivo principio fundamental

En otras latitudes la problematica se resuelve con la aplicacion de la via integrativa de los principios fundamentales constitucionalizados por el Juez ordinario mediante el fenomeno denominado la Constitucionalizacion del Derecho Privado o Derecho Civil

1 6 Marco Metodologico

El marco Metodologico de la Presente investigacion es analitico descriptivo conforme que en nuestro pais la figura no se aplica por no reconocerse la Garantia a nivel constitucional y el Juez no es interpretador de normas de la Constitucion por lo que este estudio provee el analisis necesario para que se reconozcan por la via de la Hermeneutica los derechos constitucionales en las relaciones que devienen juridicamente de los particulares

1 7 Proposito y Aporte de la Investigacion

El Proposito de este trabajo de investigacion es el de brindar una propuesta de aplicar de manera directa los derechos constitucionales en las relaciones juridicas privadas Esto quiere decir que el Juzgador mediante la regla de interpretacion o via de integracion del derecho con ello lograremos que nuestro pais se llene de sentencias que ademas de resolver un caso el mismo este provisto de la justicia y equidad fundamentadas en los Principios Generales del Derecho

1 8 Fundamentacion de la Relacion Historica-juridica del Derecho Civil en el Derecho Constitucional

Cuando el hombre fue creado se le otorgo poderes o dominio para fructificar

en aumento y ya no son solo para lo que sojuzgaba sino para el y dirigidas a el y dictaminar entonces hasta las formas de regular sus relaciones con los demas

Cuando estas formas de regulacion pasan a ser violadas por el hombre necesita que le sean reconocidos como derechos y a esto ~~Ernesto Rey~~ Cantor (La Generacion de los Derechos Humanos 2012) explica

Son varios los pasajes biblicos que se relacionan implicitamente con los derechos humanos inspirados en la dignidad del hombre siendo esta inherente a la esencia y naturaleza del ser humano que se distingue entre los seres vivos por su razon Por ser el hecho de ser persona tiene unos derechos comunmente conocidos como Derecho Humanos

Por tanto son los que devienen con la naturaleza del hombre o bien propios de la naturaleza o dignidad humana

Despues del contexto biblico historico encontramos la regulacion del reino en Mesopotamia a la sustitucion de los antiguos funcionarios sacerdotales por magistrados con obligacion de prestar servicios militares que a cambio recibian tierras otorgadas por su monarca Con base a los antiguos sistemas legales de las ciudades sumerias estos magistrados elaboraron EL CODIGO de donde proviene la primera imagen clara sobre la organizacion y politica de aquellas culturas urbanas originarias de nuestra Civilizacion es asi como en elCodigo de Hammurabi se contenian prescripciones como La propiedad los sueldos honorarios esclavitud las relaciones domesticas y el Crimen (Arrocha 2016)

Sin embargo como lo reconocen los autores estos derechos naturales en la actualidad son supra positivos y no son concedidos graciosamente por el Estado quien solo se limita a su reconocimiento (Rey Cantor E 2012)

En ese sentido puede determinarse una verdad y es que estos derechos naturales se reclaman entre los hombres unos a los otros no entre un pastorcito David y un Goliath (como el individuo y el Estado) y es por ello mas tarde que

las teorias contractualistas que sirven de fundamento a estas declaraciones con su distincion entre estado de naturaleza y estado de sociedad consideran los derechos naturales con derecho entre privados pues en el estado de naturaleza no existe poder publico El pacto que justifica el origen de la sociedad y del poder publico no desvirtua esta situacion sino que tiene como objeto salvaguardar y hacer mas eficaces los derechos naturales (Saraza Jimena 2008)

Sin embargo es la formacion de la sociedad la que ha llevado estos a cristalizar en el ambito escritural esos derechos naturales reconocidos que son llamados Derechos Humanos que una vez plasmados en las Constituciones de cada Estado son llamados Derechos Constitucionales o Derechos Fundamentales Estos derechos no son creados por asociaciones politicas o Poder publico sino reconocidos por el Poder Creado Tanto la Declaracion de la Independencia de Estados Unidos de 4 de julio de 1776 y la Declaracion Francesa de 1789 coinciden en reconocer esos derechos naturales que son inalienables

Por lo que primeramente dejamos por sentado que en el origen historico de los derechos fundamentales no existe base alguna que justifique su exclusion del

ambito de las relaciones interpersonales Mas bien se justifica lo contrario que los derechos naturales convertidos en individuales y civiles lo son frente a terceros particulares (De Leon Batista 2012) Ahora bien del Estado naturaleza al Estado sociedad monarquia feudal burguesia se consagran estos derechos en las constituciones como derechos subjetivos publicos definidos asi como los derechos del **hombre ciudadano** que se verifica en una relacion entre El Estado y los sujetos reconocidos por el ordenamiento juridico (Bidart y Cardona Rey Cantor 2012) En medio de estas dos etapas del Estado Naturaleza al Estado Sociedad nos encontramos con el Derecho (lus) que fue el fundamento de la primera division de las personas y de las leyes primeramente porque la primera division que hace Roma del hombre es Los esclavos y las personas libres estos se subdividian en **ciudadanos y no ciudadanos** De alli surge la primera fuente de aplicacion de las leyes conforme a la division o el status de la persona y siendo el Ius Civile para los ciudadanos y el Derecho de Gentes para todos los demas Conforme a esta clasificacion esos ciudadanos romanos disponian de ciertos derechos recogidos en las instituciones conforme a ese Ius Civile y por ello tenian los derechos a la ciudadania (como persona y con personalidad) el Ius commercium (de las transacciones comerciales) Ius Suffragii (Derecho Politico hasta para ejercer funciones publicas) Ius Connubium (Derecho a contraer matrimonio conforme al Ius Civile) Esto significa que el IUS CIVILE no funciona sino para aplicarle a unos los Ciudadanos todas las leyes como si la misma personalidad se la otorgara el Estado y no por causa de defensa de los derechos mismos de el como ser humano sino una diferenciacion de los demas seres

vivos ya que los esclavos no se consideraban personas. Y a los otros no ciudadanos que eran libres no les quedaba otra que tratar por los medios externos (porque el *Ius Civile* consideraba ciudadanos por nacimiento o por adquisición) por medio de políticos o hereditarios o económicos que adquirir la prestigiosa Ciudadanía Romana. Ejemplo lo vemos en el pasaje de la Biblia cuando el Apóstol Pablo o Saulo de Tarso es libertado al denunciar al Tribuno su ciudadanía Romana adquirida por nacimiento y el Tribuno acepta que el con una gran suma de dinero adquirió esta según el Libro de Los Hechos 28 (Nuevo Testamento Biblia Reina Valera 1960).

En medio de ese desarrollo del Derecho Romano sus inicios son la Costumbre como ley no escrita y la regulación legislativa.

En el momento en que Roma pasa a tener un gobierno de República se generan ciertas revoluciones de las clases sociales plebeyos tanto para exigir que le concedan las uniones libres con los de otra clase y que se hastían de ser regulados por una clase superior los Patricios se proveen de un cuerpo que le otorgan poderes de gobierno para redactar una ley escrita Las XII Tablas las cuales contenían una regulación que contenían diferentes áreas del Derecho.

Así contamos en la historiografía romana se puede decir que contendrían lo siguiente:

Las Tablas I, II, III contendrían Derecho procesal privado. El procedimiento que regulan es el de las acciones de la ley, acciones judiciales que en virtud de la Ley de las XII Tablas podrían ejercer los ciudadanos romanos para la defensa de sus derechos. Las Tablas IV y V contendrían Derecho de Familia y

Sucesiones Las Tablas VI Y VII contendrian negocios juridicos de la epoca serian Derecho de obligaciones y Derechos reales Las Tablas XVIII y IX derecho publico (Causas Penales) y Las Tablas X normas sobre enterramientos incineraciones y funerales La XI y XII la prohibicion de los matrimonios Desde las XII Tablas que regulaban temas de Derecho Publico y Derecho Privado determinandose su diferencia no dura mucho tiempo porque la Republica o la forma de gobierno republicana cambia por una Monarquia Absoluta donde se destacaron las Constituciones Imperiales y no es hasta que Roma es invadida y dividida por las invasiones visigodas barbaros que el Emperador codificador Justiniano en sus compilaciones El Codigo y El Nuevo Codigo reúne las Constituciones Imperiales y las Interpretaciones de los Jurisconsultos donde se recogen todas las ordenes o instituciones tanto de derecho Privado como de Derecho Publico al que denomino CORPUS IURIS CIVILE que despues se constituyo en todo el Derecho Civil del Derecho Romano Esa gran compilacion de sentencias jurisprudenciales y provisiones legislativas realizada en tiempos del emperador de Oriente Justiniano (siglo VI) y que ahora es redescubierta en un Occidente que habia perdido la cultura juridica La metodologia que se emplea para resolver las disputas y conflictos entre **privados es** la de comentar y relacionar textos que por provenir de una sabiduria ancestral y del poder imperiosa Poseian una autoridad indiscutida e indiscutible (Corral Talciani H 2003)

Por este derecho en cuanto a la parte procesal se constituyeron en instrumentos procesales que protegian los derechos del hombre Existio la

figura de **El Homo Libero Exhibendo** que un interdicto creado para recuperar la libertad perdida es decir la libertad ciudadana **Se interponia ante el Pretor y solo procedia contra actos de particulares y nunca de autoridades** Tambien existia en los tiempos romanos la llamada **Intercessio Tribunica**, que era un proceso destinado a proteger al hombre de los abusos del poder del Estado sobre la libertad y bienes de los ciudadanos romanos (Quiros Almanza 2014 pag 172) (El sombreado es nuestro) v

Se compara el Homo Libero Exhibendo el Amparo contra los particulares porque era **contra actos de los particulares** Desde la Republica hasta Justiniano se manejan los conceptos de Constitucion y Codigos obviamente bajo premisas totalmente distintas a las actuales aunque ninguna de ellas estaba encargada de proteger derechos naturales del hombre en si mas bien de regular sus relaciones y organizar el Estado Despues de Justiniano donde empieza una nueva era y en medio de una diversidad de interpretaciones de estos cuerpos o cuadernos juridicos Como la compilacion hecha en la obra Pandectas o Digesto que significa resumen o compendio expedido en 1748

En el siglo XIII con la Escuela de los Glosadores la formula de los de poco conocimiento segun Savigny resolvian las disputas y conflictos entre privados comentando y relacionando los textos (Corral Talciani Algunas reflexiones sobre la constitucionalizacion del Derecho privado 2010) que devenian de los sabios y el poder imperial pero eran exegetas cero interpretaciones Y es la Escuela Historica la que es liderada por el con Gustavo Von Hugo y que marco un hito con su critica de fondo al derecho natural Hugo fue el precursor de la

escuela del Historicismo que considera al hombre tanto en su individualidad en sus aspectos generales (Arrocha 2016 pag 1)

Mas tarde con Bartolo de Sassoferrato conocido como fundador de la Escuela dogmatica o ciencia del derecho privado nos refiere a la teologia dandole una autoridad y reconocer al texto desde el cual parte el analisis juridico (Arrocha i)

Luego surge la Escuela del Derecho Natural Racionalista o iusracionalismo buscando una fundamentacion para la solucion de conflictos en la naturaleza del hombre captada por el esfuerzo especulativo de la razon expurgada de creencias religiosas culturales sociales (p 1) Con motivo de los cambios radicales en Francia cuando el 4 de agosto de 1789 se abolieron los privilegios de los nobles y el 26 de agosto ese mismo año con la denominada Revolucion Francesa se aprueba la Declaracion de Derechos del Hombre y del Ciudadano que reconocia los derechos naturales inalienables y sagrados del hombre y en la que el articulo XVI establece que toda sociedad en la cual la garantia de los derechos no este asegurado no tiene constitucion y el articulo XVII reconoce el derecho de propiedad como inviolable y sagrado nadie podra ser privado de ella a menos que sea por razones de utilidad publica Estas redacciones provenian de las redacciones de las posiciones filosoficas Politicas contractualistas de Locke Rousseau y Montesquieu Obtiene en el Siglo XVIII cambios por los movimientos de reforma legislativa que determina derogar las fuentes de derecho antiguo para poder insertar los postulados de los Iluministas

o de la Iluminación. Establecer un cuerpo con reglas abstractas, un estilo claro para todos los que la pongan en práctica.

Aquí se proyecta esta Constitución con dos principios fundamentales del derecho civil que son la libertad sin intervención del Estado y el derecho a la propiedad reivindicando ese estado feudal que había reinado.

Ciertamente, si se examina el significado de la revolución liberal a partir de 1789, se advierte por otro lado que en modo alguno puede considerarse como mera disolución de un orden político; esta es instrumental respecto de una revolución social: la disolución del orden estamental, del derecho de privilegios y su sustitución por otros contruidos esencialmente a partir de nuevos principios que atañen a las relaciones de los ciudadanos entre sí. (Saraza Jimena, 2008, pag. 14)

Y más tarde, con la Constitución de 1791, en esta Constitución dice Rey Cantor (2012) se establecían la monarquía constitucional y la soberanía nacional, pero más adelante es que la Burguesía toma sus posiciones para evolucionar el sistema a un estado liberal.

Hasta el Siglo XVIII, cuando el Derecho Civil alcanza su mayor trabajo exponencial, el Código en Francia, el 21 de marzo de 1804, en el que fue promulgado como **Code Civil des Français**. Este se eleva a Ley, que pasa a ser la fuente única de creación de Derecho. Y esta Ley es la norma que proviene de la voluntad del pueblo expresada en el Parlamento y por tanto con justificación democrática. La costumbre, la jurisprudencia, la doctrina no pueden prevalecer contra ella. (Rey Cantor, 2012)

Es importante destacar que el Código de Napoleón como sistema estricto es un cuerpo de normas expresamente elaboradas y organizadas sistemáticamente. En la elaboración del Código de Napoleón se encuentra como el antecedente el de CAMBECERES Y EL DE JEAN ETINNE PORTALIS quien formaba parte de la comisión que Napoleón designó para elaborar este Código junto a François Denis Tronche, Jacques de Leleville y Félix Julien Jean Bigotpreameneau (Arrocha 2016).

En este punto es importante transcribir el artículo 4 en el que Portalis destacó en su discurso. EL Juez siempre debe resolver las situaciones por tanto explica que hay tres situaciones en que eso podría representar dificultad: oscuridad de la ley que se resolvería con su integración; Silencio de la Ley (Lagunas) que se resuelve con suplir su acción. En caso de insuficiencia y silencio de la ley el Juez necesita una regla nueva habiendo dos formas para lograrla: autorregulación (Buscarla en el interior del sistema legislativo recurriendo en último caso a los Principios Generales de Derechos) y Heterointegración (buscarla fuera de un juicio personal recurriendo a la moral o el derecho natural) ¹

A partir de allí contamos con los exegetas y los positivistas que como dice Hernán Corral el Derecho es la ley, el Derecho Civil es el Código (Corral

¹ Arrocha Olmedo. Portalis explicaba que se debía evitar lo que sucedía antes cuando un Juez no tenía Ley clara para regular una situación se abstenía de juzgarla y la remitía la responsabilidad al órgano legislativo con el artículo 4 del Código de Napoleón ancló la escuela de la exégesis consistente en un método interpretativo de la norma incluyendo un comentario objetivo. Este método se conoce como el de Glosas o Método Gramatical. Cita de Jean Jacques <Reign de Cambacères (1753-1824) Duque de Parma, Abogado y Político Francés.

Talciani H (2003) Vigo establece que esto tiene sus bases o justificación en que si la voluntad general que había imaginado Rousseau se canalizaba a través del Poder Legislativo y por ende cabía confiar en la infalibilidad de la ley como en su justicia y previsión de las soluciones para todos los casos jurídicos que podían presentarse. Así el Código Civil Francés no incluye mecanismos de integración dado que la posibilidad de lagunas era incompatible con la presunción de aquel legislador cuya voluntad era incapaz de equivocarse en algún sentido. La ley precisa Rousseau en *Le Contrato Sociales* es siempre Justa, recta y promotora de la utilidad común (Vigo 2010).

A este respecto y contrario al pensamiento anterior. Los dos instrumentos Constitución y Código expedidos en esos momentos señalan algunos que

*No creemos que sea exacto describir la proyección jurídica de la revolución liberal con la imagen del «par Constitución-Código Civil visto en figura de dos líneas paralelas (esto es sin ningún punto en común)» (p. 12). GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ BLANCO observan que «el proceso *The Man versus the State* se ve completado con la visión de una sociedad autorregulada compuesta de hombres iguales en los que la autonomía de la voluntad era el *primum movens* del tráfico». Ahora bien, esto significa precisamente que la libertad de los ciudadanos y su igualdad jurídica no solo limitan al Estado sino que se convierten en los principios ordenadores de la vida social de las relaciones de los ciudadanos entre sí (Ballarín Iribarren 1988).*

Insistimos que el problema surgió cuando el Derecho Romano aplicaba ese Derecho Civil al ciudadano y esa clasificación es lo que hace que apliquemos al hombre los Derechos civiles y políticos cuando se trata de un ciudadano y los demás derechos que se han recogido en Códigos y leyes adicionales al

hombre en si Tanto así que cuando se expide la Declaracion de los Derechos se escriben del Hombre y del Ciudadano

Sin embargo en este Estado de Derecho con normas de Derecho Civil o de Derecho Privado incorporadas en las Cartas Magnas no tienen sino una vision de estas normas unicamente Programaticas que requieren de una legislacion especial que las desarrolle ciertamente la conquista era que se incorporaran dentro del ramillete constitucional Ese constitucionalismo Clasico o como afirma VIGO el Estado de Derecho legal fue generado en la revolucion francesa pero desde ahí logra proyectarse al resto de Europa Continental y tambien exportarse para las tierras latinoamericanas (Vigo Constitucionalizacion y Judicializacion del Derecho) En esta forma politica del Estado de Derecho legal el derecho tenia un sesgo privatista y patrimonialista que fue caracteristico de la revolucion francesa y de ahí la relevancia configuradores que cumplia el Libro Primero de Codigo Civil pues en este se **definía el poder de los jueces y la teoria interpretativa auspiciada con su respectiva fuente del derecho** e incluso se contemplaba el modo de la publicacion de la ley y el comienzo de su obligatoriedad (Vigo b) p 34

Por lo que el autor establece que en ese Estado de Derecho Legal el derecho privado o civil en general se visualizan como el sector o ramo del derecho mas relevante e importante metaforicamente era el tronco principal del Derecho (Vigo i)

En síntesis las concepciones que antecedieron al Liberalismo consideraban al estado como una asociación dotada de competencia para decidir como una unidad para pasar por aquellas concepciones de relación hombre gobernante a siervo señor hasta que luego aparece propiamente el término Estado con organizaciones político sociales denominadas estados sociales como un aporte a la época moderna de darle una expresión que diera nueva forma a su contenido (Vernaza Villar 2012)

1.8.1 Normatividad Constitucional Civil desde las Perspectivas del Estado Legal Estado Social al Estado Constitucional o Neo constitucionalismo

En medio de los reconocimientos de libertad y de propiedad a las personas comunes del Estado liberal estas mismas es decir las libertades individuales empiezan a ser fuente de conflicto dice Vernaza Villar (2012) entre el Estado de Derecho (liberal) y el Estado Social (democrático) al sacar del estado democrático sus principios clásicos y del estado de derecho liberal aquellas cláusulas fundamentales p 99

Por lo que ese estado social va a definirse como la estructura del poder público en las sociedades capitalistas altamente industrializadas y de constitución democráticas el cual envuelve la concesión de medios para cubrir determinadas carencias de los colectivos en situación social desventajosa es decir es del resultado de la fusión entre el estado liberal y las condiciones sociales de la civilización industrial posterior a este resultado

de sus complejos problemas pero no perdiendo de vista sus innumerables ventajas (Vernaza Villar pags 100 101)

En el final del Siglo XIX e inicios del XX una vez se constitucionalizan los derechos tanto individuales sociales y hasta culturales que regularan la vida en sociedad y surgen inician la Constitucion de Queretaro Mexico en 1917 Constitucion de Weimar Alemania en 1919 es cuando se tiene el catalogo de Derechos los individuales pero tambien los sociales a raiz de las graves lecciones que dejo la II Guerra Mundial el derecho occidental asistio al surgimiento de un fenomeno de re materializacion de las cartas constitucionales a las que se incorporo la declaracion de los derechos fundamentales con sus caracteres de universalidad inalienabilidad e indisponibilidad segun afirma Luigi Ferrajoli en Derechos y garantias citado por Andrea (Meroi 2007)

El primer paradigma es resultado la Constitucion de cada pais resulta debe tener un prisma de supremacia y elCodigo aquel que regula las relaciones inter privadas entre los que componen una sociedad El segundo son las normas que componen ambos cuadernos juridicos de diferente dimension piramidal porque las normas que consagran la Constitucion desde los años 50 cuando despues de regimen socialista de la Republica Federal Alemana se vio en la necesidad de sentar nuevas bases en su ordenamiento juridico esta coyuntura hizo que se discutiera en ese pais sobre el verdadero y sentido final de los derechos fundamentales no solamente entendidos como normas de defensa frente al Estado sino tambien y como ya se dijo como normas con un contenido axiologico

adicional (De Leon Batista pag 61) Es decir señala el mismo autor Esta forma de reconocer las relaciones de los que componen a una Republica tanto el verticalismo (Estado ciudadano) como el horizontalismo (humanos entre si) es la llamada teoria objetiva por la cual los derechos fundamentales no solo rigen en las relaciones verticales entre el Estado y los ciudadanos como es tradicionalmente reconocida la eficacia de los derechos fundamentales sino que tambien son valores supremos que rigen para todo el ordenamiento juridico por lo que tambien rigen para las relaciones reciprocas entre particulares limitan la autonomia privada y al mismo tiempo constituyen mandatos de actuacion y deberes de proteccion para el Estado (i p 62)

Por ultimo lo que empezo solamente con una raigambre de normas de derecho privado dentro de la Constitucion miradas solamente con la intencion que las mismas solo fueran meras enunciaciones desprendidas de principios superiores que guian o establecen un paradigma juridico para regular la normatividad de las normas que acompañaran el ordenamiento juridico del Estado surge el Estado Constitucional de derecho o Neoconstitucionalismo que otros como Jurgen Habermas llama **colonizacion juridica que**, bien que saludable en un principio culmina en el caracter ambivalente de una garantia de libertad y de una privacion de libertad () esa juridificacion de los medios con que se hace frente a los riesgos de la existencia se cobra un notable precio en forma de intervenciones restructuradoras en el mundo de la vida de los beneficiarios afirma Jurgen Habermas citado por Meroi (EL sombreado es nuestro) O bien establece Ferrajoli que todos los derechos fundamentales no solo los derechos sociales y

las obligaciones positivas que se imponen al Estado sino tambien los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones equivalen a **“vinculos de sustancia y no de forma que condiciona la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que esta orientado** Habermas citado en Meroi

Asimismo asegura el Dr Hernan De Leon que los derechos existen en las relaciones privadas y las instituciones actuan como garantias de un uso adecuado y rapido de sus preceptos El Poder protege a los derechos pero no se piensa siquiera que el fin de los derechos sea solo el limitar al Poder

Definiendo entonces este momento estatal del Neoconstitucionalismo que surgio desde el siglo XX es precisamente ese efecto de haber convertido la Constitucion en la mas importante fuente del derecho y **ese higher law** se proyecta sobre todo el resto del derecho vigente especialmente a tenor de su contenido moral formulado bajo los rotulos de **principios, valores o derechos humanos**, segun Vigo en la obra Constitucionalizacion y Judicializacion del Derecho Pero ademas se convierte en una norma juridica eficaz (Vigo 2012 b) en anteposicion al concepto de liberalismo (El sombreado es nuestro)

Desde esta perspectiva el derecho civil va viendose desde un nuevo enfoque que consideramos no es que esta reparado o restaurado porque no le ha sucedido nada ni lo aplicaremos conforme a su estado original sino que a este derecho en especial como el nuestro con cien años deCodigo Civil en Panama pero si ha de verse Regenerado por la optica del neo constitucionalismo y por las

nuevas tendencias que confluyen determinada desde la optica de su vinculacion con el derecho constitucional Como veremos en el siguiente punto

1 8 2 La Vinculacion Asimetrica del Derecho Civil y el Derecho Constitucional

Entre las dos ramas del derecho civil y constitucional existen historias separadas pero en ellas tambien existe una vinculacion asimetrica a traves de su evolucion de la influencia entre una y otra por la eficacia y validez de sus normas

El jurista Hesse hace un examen minucioso en el que determina los aspectos que han realizado esta vinculacion al despojarse poco a poco de la gran division de que una pertenezca a la rama del Derecho Privado y la otra sea integrada en el Derecho Publico Destaca primeramente que con la Constitucion de Weimar (1919) que incluye los derechos individuales y sociales en ella protegia importantes fundamentos del Derecho Privado al garantizar como tales en la forma ya expuesta los institutos juridicos del matrimonio la familia la propiedad la herencia y –al menos de acuerdo con la jurisprudencia constitucional la libertad contractual (Hesse 1995 pag 55)

Hesse que con la Ley Fundamental expedida en Bonn señala que la primera vinculacion asimetrica entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil se da mediante el Tribunal Constitucional a traves de una jurisprudencia sobre el significado de los derechos fundamentales en el Derecho Privado (Hesse)

El Tribunal Constitucional como es sabido identifica en los derechos fundamentales junto con su función de defensa frente a las intervenciones del poder público principios objetivos no solo del ordenamiento constitucional sino sencillamente del ordenamiento jurídico en su conjunto. La Ley Fundamental que no quiere ser un orden valorativamente neutral ha erigido en la sección relativa a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y ello expresa un reforzamiento del principio de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales. Este sistema de valores debe regir en todos los ámbitos del Derecho: la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él **directrices e impulsos. Así, influye también sobre el Derecho Civil**, ninguna prescripción jurídica civil puede estar en contradicción con él: todas han de ser interpretadas en su espíritu.

() Todos ellos deben tener en cuenta tal influencia de los derechos fundamentales en la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Si no cumplen con esta tarea, su decisión infringe los derechos fundamentales y puede ser anulada por el Tribunal Constitucional.

Aquí estamos frente a las primeras aristas interpretativas de la influencia de los derechos constitucionales en las relaciones de tráfico privado, como lo que se observa en el Caso Luth. Se puntualiza además que el contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el Derecho Privado por medio de los preceptos que rigen directamente tal ambiente jurídico. (Hesse pag. 1)

Esta es la primera fórmula de esa vinculación. Estableciendo también Konrad Hesse (1995) que las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado expresan un cambio de las tareas, la cualidad y las funciones de cada uno de los dos sectores jurídicos.

Para Hesse, en lo que se refiere a la evolución de ambos en el devenir histórico, ciertamente algunos se niegan a reconocerlo en medio de una

relacion juridico privada en que se produzcan colision de derechos fundamentales si estos actuan en favor y en contra de todos los que toman parte en la relacion por lo que en el derecho Civil esto quedaria muy complicado y en el otro caso mediante el recurso inmediato a los derechos fundamentales amenaza perderse la identidad del Derecho Privado Konrad Hesse indica que Correria peligro el principio fundamental de la autonomia privada si las personas en sus relaciones reciprocas no pudieran renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la accion estatal

En cuanto al cambio de tareas Hesse sustenta que en los casos de que frente a la igualdad de los interesados en un caso y la autonomia privada (Principio del Derecho Civil) conduce a la falta de libertad de otro desaparece todo fundamento y se traspasa todo limite el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra via **la de la regulacion estatal**, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Publico y Privado Y con esto descarta que la libertad del siglo XIX que era formal (igualdad solo formal) no es igual a la del siglo XX que es real que nunca puede ser producida por la sola autonomia privada porque la situacion juridica debe suponer presupuestos planos iguales de los interesados

Por tanto estos dos derechos Derecho Constitucional y Derecho Privado en base a la historicidad de cada uno sus cualidades y tareas vienen a ser dice

Hesse partes necesarias de un orden juridico unitario que **reciprocamente se complementan se apoyan y se condicionan**” (El sombreado es nuestro)

En el ambito de la complementacion ambas ramas del Derecho o bien estan en el centro del Derecho Constitucional y del Derecho Privado los mismos hombres en ambos casos se trata de lograr un orden justo para la convivencia humana (Hesse p 82)

En sintesis Hesse (p 83) determina que el significado del Derecho Constitucional para el Derecho Privado consiste en singulares funciones de garantias orientacion e impulso

En cuanto a las garantias el Profesor aleman Konrad Hesse comenta que el Derecho Constitucional protege y asegura los fundamentos del Derecho Privado tanto en cuanto tutela la personalidad libre y autodeterminada mediante los derechos de libertad y mediante el derecho general de la personalidad (p 83) es decir la persona y su libertad no solo sino tambien de lesiones que no proceden del Estado

Por parte de la funcion de guia orientacion o directriz es el Derecho Constitucional que al ser rapidamente transformado se convierte para el Derecho Privado en un medio para su desarrollo como se ve en los mandatos que incluyo la constitucion alemana en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y la igualdad de los hijos no matrimoniales

El autor Haberle citado por Hesse en el artículo Derecho Civil y Derecho Constitucional establece que en cuanto a la transcendencia del Derecho Privado para el orden constitucional de la Ley fundamental

Este se apoya en primer lugar en el desarrollo de las relaciones y de los ámbitos vitales garantizados por los derechos fundamentales mediante el Derecho Privado frecuentemente solo tal desarrollo posibilita el ejercicio de los derechos fundamentales y a menudo contiene también concreciones sobre el sentido de los derechos fundamentales. Ello está a la vista en las garantías del matrimonio de la familia de la propiedad o de la herencia que sin las reglas más detalladas del Derecho Privado no podrían desarrollarse ni tener efecto alguno.

Ahora bien estas acepciones que establece el Autor Citado buscan hacer una verdadera justificación de la vinculación asimétrica de ambas ramas del derecho que en realidad para resolver los problemas en las relaciones de tráfico jurídico privado se requiere que ambas se apoyen y se complementen. Y el autor nicaraguense Ivan Escobar Fornos al examinar esta tendencia de relacionar ambas ramas del derecho comentando al autor citado Konrad Hesse establece que

El derecho constitucional interviene en el derecho privado garantizando orientando e impulsando de la manera siguiente: a) La Constitución establece las condiciones para ser efectivos los institutos jurídicos privados y los protege de una supresión o de una anulación o desnaturalización del derecho privado mediante leyes ordinarias. b) La Constitución garantiza la dignidad humana como fundamento de todo el derecho y como consecuencia el derecho privado. c) Protege a la persona y su libertad no solo frente al Estado sino también de las lesiones que proceden de los particulares. d) La Constitución sirve de guía al derecho privado ofrece directrices que son importantes para el avance del derecho privado por eso se le ha calificado al derecho constitucional como motor de cambio de la legislación jurídico privado (Escobar Fornos).

Aplicacion de derechos fundamentales en las relaciones privadas
s f pag 151)

Escobar Fornos al acuerpar la vision de Hesse tambien reputa la transcendencia no solo del derecho constitucional interviniendo sobre el derecho privado sino que tambien establece lo mismo desde el derecho privado en el derecho Constitucional al permitir el desarrollo de muchas libertades y derechos fundamentales que sin la reglamentacion del derecho privado esto no podran realizarse como el matrimonio la herencia la familia etcetera igual con otras libertades como por ejemplo la libertad contractual y la libertad de asociacion (Escobar Fornos p 153)

1 9 Antecedentes de la Teoria de la Drittwirkung der Grundrechte

El alumbramiento de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales o Eficacia frente a terceros de los Derechos Fundamentales mediante una formula de aplicacion indirecta que se le atribuye decimononicamente a un Precedente en particular Caso Luth o su desarrollo posterior a varios casos y a la Ley Fundamental de 1949

1 9 1 El Precedente Caso Luth

Caso Luth es la Punta del iceberg de la doctrina data del 15 de enero de 1958 cuando el Tribunal Constitucional Germano discutio los derechos

fundamentales como Normas objetivas de valores y no como derechos subjetivos publicos

- **Hechos del Caso**

El productor de la película solicitó una medida cautelar ante el Tribunal Territorial de Hamburgo a través de la cual pretendía se prohibiera a Luth continuar con la convocatoria al boicot dirigida a propietarios de teatro y casas distribuidoras (Mendoza Escalante 2008)

La medida fue instaurada en la oposición clara del derecho a no ser perjudicado dolosa ni culposamente por otro y el derecho a la libertad de expresión (*)

El Juzgador primario aplicó la norma contenida en el artículo 826 del Código Civil BGB en que nadie puede dañar a otra persona dolosa o culposamente condenando en consecuencia a abstenerse de seguir emitiendo sus opiniones sobre Veit Harlan y la película *Unsterbliche Geliebte* (Barrios Gonzalez 2012) o *La Amada inmortal* pues el Señor Luth⁽²⁾ quien era presidente del Club de prensa de Hamburgo se expresó

² Erich Luth era un judío que había sufrido bajo el régimen nacional socialista de Hitler. Era portavoz del Senado de Hamburgo, el gobierno del Land. Extrañado observaba como aquellos comprometidos con el régimen nazi salían de sus escondites y volvían a figurar en la vida pública de Alemania. Uno de ellos era Veith Harlan que había presentado en las salas de cine una película antisemita (*Jud Suss*) y que además había producido un nuevo film con un nombre aparentemente sin mensaje político titulado *La amada inmortal*.

Luth considera que era escandaloso que un antiguo director de cine nazi regresara a la profesión y presentara películas sin aparente significado político, quizá transmitiendo el contenido ideológico nazi, por lo cual decidió desarrollar públicamente un boicot de la película. Este boicot de acuerdo con el Código Civil era contrario a las buenas

publicamente con motivo de un festival cinematografico contra el director Veit Harlan de una de las peliculas cuyas actividades durante el Tercer Reich expuso y censuro el haber enviado una carta abierta a la prensa que Acusaron a Luth de propiciar un boicot

La Sentencia de Amparo aqui transcribiremos conforme una traduccion en español es necesaria para darnos cuenta la relacion que esta Sentencia hace a los Derechos Constitucionales en este caso Civil

• **Sentencia BVerfGE 7 198 [Luth]**

- 1 *Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado sin embargo en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora tambien un orden de valores objetivo que como decision constitucional fundamental es valida para todas las esferas del derecho*
- 2 *En el derecho civil se desarrolla indirectamente el contenido legal de los derechos fundamentales a traves de las disposiciones de derecho privado Incluye ante todo disposiciones de caracter coercitivo que son realizables de manera especial por los jueces mediante las clausulas generales*
- 3 *El juez civil puede violar con su sentencia derechos fundamentales (§90 BVerfGG) cuando desconoce los efectos de los derechos fundamentales en el derecho civil El Tribunal Constitucional Federal examina las sentencias de los tribunales civiles solo por violaciones a los derechos fundamentales pero no de manera general por errores de derecho*
- 4 *Por disposiciones de derecho civil tambien pueden entenderse las leyes generales en el sentido del Art 5 parrafo 2 de la Ley Fundamental y pueden limitar los derechos fundamentales a la libertad de opinion*
- 5 *Las leyes generales para el Estado democratico libre deben ser interpretadas a la luz del especial significado del derecho fundamental de la libertad de opinion*
- 6 *El derecho fundamental del Art 5 de la Ley Fundamental protege no solo la expresion de una opinion como tal sino tambien los efectos espirituales que se producen a traves de la expresion de una opinion*
- 7 *La expresion de una opinion que contiene un llamado a un boicot no viola necesariamente las buenas costumbres en el sentido del §826 BGB puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de opinion al ponderar todas las circunstancias del caso*

Sentencia de la Primera Sala del 15 de enero 1958

costumbres y por consiguiente antijuridico La empresa productora el director y la distribuidora reclamaron ante los tribunales civiles y el juez de acuerdo con elCodigo Civil que regula las relaciones entre los particulares declaro el boicot contrario a derecho como era lo aceptable en ese entonces (Escobar Fornos)

En el proceso sobre el recurso de amparo promovido por Erich Luth presidente del Club de Prensa de Hamburgo en contra de la sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo[] el Tribunal Estatal de Hamburgo dicto el 22 de noviembre de 1951 la siguiente sentencia Se condena al demandado so pena de prision o multa (que debera ser determinada judicialmente)

a 1 A demandantes

2 Abstenerse de incitar al publico aleman a no ver esa pelicula

El Tribunal Estatal considera que la expresion del recurrente constituye una invitacion al boicot contraria a las buenas costumbres

La sentencia del Tribunal Estatal constituye un acto del poder publico bajo la forma especial de un acto del Poder Judicial su contenido puede resultar violatorio del derecho fundamental del recurrente unicamente si –al momento de dictar sentencia– debio haberse tenido en cuenta ese derecho fundamental

La sentencia prohíbe al recurrente realizar expresiones con las cuales pueda influir sobre otros para que se unan a su opinion sobre una reaparicion de [el director] Harlan y que orienten su conducta en contra de las peliculas producidas por el Objetivamente tal prohibicion constituye para el quejoso una limitacion a la libre expresion de su opinion

El Tribunal Estatal fundamento su sentencia considerando que las expresiones emitidas por el recurrente la actora con base en la disposicion delCodigo Civil un derecho a exigir que el demandado se abstenga de expresar su opinion De este modo la pretension de la demandante en el campo del derecho civil aceptada por el Tribunal Estatal condujo a traves de la sentencia del tribunal a una sentencia del poder publico restrictiva de la libertad de opinion del recurrente Esta puede violar el derecho fundamental del recurrente consagrado en el Art 5 parrafo 1 frase 1 de la Ley Fundamental solo cuando el contenido de las disposiciones civiles aplicadas se encuentra influenciado por los derechos fundamentales de modo tal que no requieren ser invocados en la sentencia

La cuestion fundamental de si las normas de derechos fundamentales pueden tener efectos sobre el derecho civil y como deben entenderse esos efectos en particular es un asunto ampliamente discutido en la doctrina (sobre el estado actual de las opiniones vease recientemente a Laufke en *Escritos en Honor de Heinrich Lehmann* 1956 t I pp 145 y ss y Durig en *Escritos en Honor de Nawiasky* 1956 pp 157

y ss) Las posiciones mas extremas en esa discusion se basan de una parte en la tesis de que los derechos fundamentales se dirigen exclusivamente en contra del Estado y de la otra en la idea de que los derechos fundamentales –al menos algunos de ellos y en todo caso los mas importantes– son validos tambien en el trafico juridico privado y frente a cualquier persona La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal existente hasta ahora no ha podido tomar partido por ninguna de estas dos posiciones extremas las consecuencias que el Tribunal Laboral Federal en su sentencia del 10 de mayo de 1957 –*NJW* 1957 p 1688– extrae de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 17 y 23 de enero de 1958 (BVerfGE 6 55 y 6 84) a ese respecto van muy lejos El presente caso no ofrece razones para dirimir plenamente el discutido asunto del efecto de los derechos fundamentales frente a terceros A fin de obtener un resultado adecuado basta considerar lo siguiente

Sin duda alguna los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar en primer lugar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes publicos son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado Ello se desprende de la evolucion espiritual de la idea de los derechos fundamentales asi como de los acontecimientos historicos que llevaron a la incorporacion de los derechos fundamentales en las constituciones de cada uno de los Estados Estos sentidos tienen tambien los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental la cual –al anteponer el capitulo de derechos fundamentales dentro de la Constitucion– quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad frente al poder del Estado Corresponde tambien con esta concepcion el hecho de que el legislador hubiera garantizado un recurso legal especial para la proteccion de esos derechos –el recurso de amparo– exclusivamente en contra de actos del poder publico

Por otro lado tambien es cierto que la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral (BVerfGE 2 1 [12] 5 85 [134 y ss 197 y ss] 6 32 [40 ss]) sino que ha establecido –en su capitulo sobre derechos fundamentales– un orden de valores objetivo a traves del cual se pone de manifiesto la decision fundamental de fortalecer el ambito de aplicacion de los derechos fundamentales (Klein / v Mangoldt *Das Bonner Grundgesetz* t III 4 notas al Art 1 p 93) La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el nucleo de este sistema de valores el cual constituye a su vez una decision juridico constitucional fundamental valida para todas las esferas del derecho asi este sistema de valores aporta directivas e

impulsos al Poder Legislativo a la Administración y a la Judicatura. Este influye por supuesto también al derecho civil: ninguna disposición del derecho civil puede estar en contradicción con el. Todas deben interpretarse en su espíritu. El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el derecho privado a través de las disposiciones que predominan directamente en medio de ese campo del derecho. Así como el nuevo derecho debe estar en concordancia con el sistema de valores fundamentales, el viejo derecho [anterior a la Constitución] debe orientarse –en cuanto a su contenido– a ese sistema de valores; de ahí se deriva para él un contenido constitucional específico que determina de ahora en adelante su interpretación. Una controversia entre particulares sobre derechos y deberes en el caso de las normas de conducta del derecho civil que han sido influenciadas por los derechos fundamentales sigue siendo material y procesalmente una controversia del derecho civil. Se interpretará y aplicará el derecho civil aun cuando su interpretación deba apegarse al derecho público, es decir a la Constitución.

La influencia de los parámetros valorativos establecidos por los derechos fundamentales cobra especial validez tratándose de aquellas disposiciones de derecho privado que abarcan normas obligatorias (taxativas) y que por tanto forman parte del *ordre public* (en sentido amplio); es decir, se trata de principios que en aras del bien común deben ser obligatorios también para la configuración de relaciones jurídicas entre particulares y por tanto prevalecen sobre la voluntad de los particulares. Esas disposiciones tienen en su finalidad un estrecho parentesco con el derecho público y lo complementan. Estas deben exponerse en gran medida a la influencia del derecho constitucional. Para hacer realidad dicha influencia, la Judicatura cuenta –en especial– con las cláusulas generales que como el § 826 BGB remiten para la valoración de las conductas humanas a criterios externos al derecho civil e incluso extralegales, tales como el de las buenas costumbres. Así, para determinar el contenido y alcances de las exigencias sociales en un caso particular, se debe partir, en primer lugar, de la totalidad de las concepciones axiológicas que el pueblo –en un determinado momento de su desarrollo cultural y espiritual– ha alcanzado y fijado en su Constitución.

Por consiguiente, se ha designado con razón a las cláusulas generales como el punto de irrupción de los derechos fundamentales en el derecho civil (Dürig en Neumann Nipperdey/Scheuner: *Die Grundrechte* t. II p. 525).

El juez debe examinar merced al mandato constitucional si las disposiciones materiales del derecho civil aplicadas han sido influenciadas por los derechos fundamentales en la forma descrita si esto es así entonces tendrá que tener en cuenta para la interpretación y aplicación de esas disposiciones las modificaciones al derecho privado que de allí se originen. Este es el sentido también de la vinculación del derecho civil a los derechos fundamentales (Art. 1 párrafo 3 de la Ley Fundamental). Si omite esos criterios y su sentencia deja por fuera esa influencia del derecho constitucional sobre las normas del derecho civil violaría entonces no solo el derecho constitucional objetivo debido a que desconoce el contenido de la norma que contempla el derecho fundamental (como norma objetiva) sino que además como portador del poder público violaría con su sentencia el derecho fundamental a cuyo respeto tiene derecho constitucional el ciudadano aun respecto del poder jurisdiccional. En contra de una sentencia de esta clase –sin perjuicio de la impugnación del error en las instancias civiles– se puede acudir al Tribunal Constitucional Federal por la vía de un recurso de amparo []. El derecho fundamental a la libertad de expresión es como expresión directa de la personalidad humana en la sociedad uno de los derechos más supremos (*un des droits les plus précieux de l'homme* de conformidad con el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789).

Hace parte del orden estatal democrático y libre el que se posibilite la permanente controversia ideológica la contraposición de opiniones que son su elemento vital (BVerfGE 5 85 [205]). En cierto sentido es el fundamento de toda libertad *the matrix the indispensable condition of nearly every other form of freedom* (Cardozo).

De ese significado fundamental de la libertad de opinión para el Estado democrático liberal se origina el que no sería consecuente como punto de partida de ese sistema constitucional que toda relativización del alcance material de ese derecho fundamental se dejara a la ley ordinaria (y con esto necesariamente a los tribunales que interpretan la ley mediante la jurisprudencia). En principio se aplica también aquí lo que ya se dijo en general sobre la relación de los derechos fundamentales y el ordenamiento del derecho privado las leyes generales que tienen un efecto restrictivo sobre un derecho fundamental deben ser vistas a la luz del significado de ese derecho fundamental e interpretarse de modo tal que el especial contenido de valor de ese derecho deba llevar en una democracia liberal a que se garantice en todo caso una presunción básica a favor de la libertad de expresión en todos los ámbitos pero principalmente en la vida pública. La relación contrapuesta entre derecho fundamental y ley

general no debe ser vista tampoco como una restriccion unilateral de la vigencia del derecho fundamental a traves de la ley general se da mas una interaccion en el sentido que la ley general ciertamente determina el tenor de acuerdo con los limites del derecho fundamental pero interpretado a su vez con base en el reconocimiento del significado como determinante de valores que se le otorga a ese derecho fundamental en un Estado liberal democratico y asi en su efecto limitante del derecho fundamental debe una vez mas limitarse ella misma []

El concepto de ley general ha sido discutido desde el comienzo Se debe determinar si el concepto quedo en el Art 118 de la Constitucion de Weimar de 1919 solo debido a un error de redaccion (vease al respecto Hantzschel en *Handbuch des deutschen Staatsrecht* 1932 t II p 658) En todo caso fue durante la vigencia de esa Constitucion que se dio la interpretacion de que por todas las leyes se debia entender aquellas que no prohíben una opinion como tal las que se dirigen en contra de la expresion de una opinion como tal las que ademas sirven directamente para la proteccion de un bien juridico que se debe proteger sin necesidad de tener en cuenta determinada opinion o para la proteccion de un valor de la comunidad frente al cual tiene prevalencia el ejercicio de la libertad de opinion

Si el concepto de ley general se entiende de este modo se torna entonces en resumen en el sentido de la proteccion del derecho fundamental

La idea de que la expresion de una opinion se tenga que proteger solo como derecho fundamental pero no por el efecto que causa sobre otros y que persigue o conlleva se debe rechazar El significado de la expresion de una opinion debe partir de su efecto espiritual sobre el entorno (Hantzschel *ibid* p 655) Por consiguiente los juicios de valor que tienen por objeto causar un efecto espiritual y que principalmente buscan convencer a otros se encuentran protegidos por el Art 5 parrafo 1 frase 1 de la Ley Fundamental la proteccion del derecho fundamental se relaciona en primer lugar con las opiniones propias de quien las expresa que se expresan en un juicio de valor mediante el cual se busca causar un efecto sobre otros Una separacion entre expresiones (protegidas) y efectos de la expresion (no protegidos) no tendria sentido

La expresion de una opinion asi entendida esto es en su puro efecto espiritual es como tal libre pero cuando a traves de ella se perjudica un bien juridico protegido legalmente de un tercero cuya proteccion prevalece sobre la libertad de opinion entonces no se podra permitir

esa intervencion por el hecho de que se de a traves de la expresion de una opinion. Se requiere por consiguiente una ponderacion de los bienes juridicos. El derecho a expresar opiniones debe ceder frente a los intereses de superior rango de un tercero y que puedan resultar violados con el ejercicio de la libertad de opinion.

La existencia de tales intereses supremos en cabeza de un tercero se debe establecer con base en todas las circunstancias del caso []. El Tribunal Constitucional Federal con base en esas consideraciones esta convencido de que el Tribunal Estatal ha desconocido en la valoracion de la conducta del recurrente el especial significado que se le atribuye al derecho a la libertad de expresion tambien allí donde esta entra en conflicto con los intereses privados de terceros. La sentencia del Tribunal Estatal omite los criterios basados en los derechos fundamentales y viola así el derecho fundamental del recurrente contemplado en el Art. 5 parrafo 1 frase 1 de la Ley Fundamental. Por consiguiente se revoca.

En ese sentido el **Tribunal Constitucional Federal Aleman** acogio el Amparo interpuesto contra dicho fallo reformando la sentencia en nombre del derecho fundamental a la **libertad de expresion, que deberia influenciar la interpretacion del Codigo Civil**” (Barroso 2008) (**El sombreado es nuestro**)³y establecio que no es menos cierto que la Constitucion no pretende ser un catalogo frio de reglas un modelo moral socialmente preferible que aboga por la

³ Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano ante el Estado. Sin embargo las disposiciones de derechos fundamentales de la ley fundamental se incorporan tambien a un orden objetivo de valores que como decision fundamental es valida para todos los ambitos del derecho. Ese sistema de valores que encuentra su punto central en su seno de la comunidad social en el libera desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana ofrece direccion e impulso para el Legislativo la Administracion y para el Poder Judicial proyectandose tambien sobre el derecho civil. Ninguna disposicion del derecho civil podra contradecirlo debiendo ser interpretadas de acuerdo a su espiritu. La expresion de una opinion que continúe una invitacion a un boicot no esta en contradiccion necesariamente con las buenas costumbres en el sentido del 826 del Codigo Civil (BGB). Puede encontrar justificacion constitucional en la libertad de expresion desde que sean ponderadas todas las circunstancias del caso (Barroso 2008).

libertad e igualdad de los individuos motivo por el cual dejo sin efecto la condena civil al Señor Luth

Barroso citado por Jorge Parra Benitez con el precedente Luth el Tribunal constitucional germano invalido dispositivos del BGB impuso la interpretacion de sus normas de acuerdo a la Constitucion y determino la elaboracion de nuevas leyes por ejemplo cambios en el regimen matrimonial en los derechos de los ex conyuges una vez decretado el divorcio el poder familiar el nombre de la familia y el Derecho internacional privado Y se profirieron decisiones interesantes en el tema de las uniones homosexuales (homoafectivas) y en el Derecho de los contratos (Parra Benitez 2011)

En ese sentido y analizando el Fallo Luth cita el Profesor Boris Barrios a Estrada Alexei Julio en Los Tribunales Constitucionales y la Eficacia entre Particulares de los Derechos Fundamentales Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales en Teoria del Neoconstitucionalismo edicion de Miguel Carbonell Madrid (España) que

Segun la argumentacion elaborada por el Tribunal Constitucional Federal aleman en el caso Luth los derechos fundamentales constituyen un orden objetivo de valores que irradia todo el ordenamiento juridico esto es que alcanza a las distintas actividades del derecho asi a lo civil administrativos comercial legislativos y hasta jurisprudencial Es por ello que ese orden objetivo de valores necesariamente tienen **que ser atendido por el organo judicial al momento de la solucion de los conflictos que llegan a su conocimiento y de no hacerlo se produciria una vulneracion iusfundamental atribuible al aplicador del derecho** segun Alexei Estrada Julio citado por (Barrios Gonzalez 2012)

1 9 2 Jurisprudencia Alemana anterior al caso Luth

Si ciertamente consideramos de primera mano al caso Luth las connotaciones de una película cinematográfica el Holocausto y las demás circunstancias que rodearon este caso lo hacen ser como el alumbramiento de reconocimientos de derechos fundamentales en las relaciones *inter privates* sin embargo al hacer la tarea nos encontramos con una acogida de la Tesis de la *Drittwirkung der Grundrechte* que data de una sentencia de 15 de enero de 1955 de un Tribunal Federal Laboral (Bundesarbeitsgericht Primera Sala) que considero nulas las prescripciones contractuales reglamentos empresariales y convenios colectivos que habian establecido un tratamiento discriminatorio en cuanto al salario percibido por hombres y mujeres Se sostuvo entonces que el principio de igualdad enunciado en el art 3 de la Ley Fundamental vinculaba de modo directo y obligatorio, de modo que no podia inobservarse el principio de igualdad del hombre y la mujer ante igual prestacion (Mendoza Escalante 2008) **(El sombreado y subrayado es nuestro)**

Mas adelante hallaremos otra sentencia que data del 10 de mayo de 1957 en la que se declaro la nulidad de una prescripcion contractual de un contrato de trabajo y formacion por el cual se preveia la disolucion unilateral del vinculo laboral por parte del empleado en el supuesto que la dama empleada contrajese matrimonio Esta habia contraido matrimonio y fue despedida en aplicacion de dicha clausula contractual Las consideraciones del tribunal fueron que la Clausula lesionaba sus derechos a la proteccion del matrimonio y la familia

(Artículo 6 1 Ley Fundamental) de la dignidad de la persona (1 1 LF) y el libre desarrollo de la personalidad (2 1 LF) y fundamento su decisión en los efectos directos de los derechos fundamentales. Sostuvo que algunos de estos ya no eran solo derechos de defensa frente al Estado sino normas de ordenación de la vida social de modo que los contratos de derecho privado no podían contrariar este orden público del ordenamiento jurídico. Stern Claus citado en (Mendoza Escalante 2008)

1 9 3 Jurisprudencia Alemana posterior al caso Luth Casos Lebach y Blinkfuer

Según el citado Profesor Barrios (2012) en su obra Amparo contra actos de los Particulares señala que la jurisprudencia alemana tiempo después de emitir el fallo Luth en el que se aplica los derechos constitucionales en las relaciones jurídico privadas por encima de la norma aplicada por el Juez primario que utiliza el ordenamiento civil o ley ordinaria como estaba regulado

Aparecen en escena dos casos después Lebach y Blinkfuer en Alemania que eran casos estos en lo que se pretendía por los recurrentes era precisamente lo contrario a lo que se pedía en el caso Luth esto es que a diferencia del Caso Luth en los casos Lebach y Blinkfuer lo que se pretendía era que **el órgano judicial actuara para impedir una vulneración de derechos fundamentales por actos de particular y los tribunales ordinarios se abstuvieran de brindar la protección pretendida ()**

Resultaba evidente, entonces, que en los casos Lebach y Blinkfuer era imposible atribuir la lesion iusfundamental a los tribunales a menos que se recurriera a la figura del deber de proteccion, pero resulta que el Tribunal Constitucional Federal aleman no se acogio al deber de proteccion, sino que basa su argumentacion en la concepcion de “orden de valores y de eficacia objetiva de los derechos fundamentales”⁴(El sombreado es nuestro)

1 9 4 Influencia de los Civil Rights Act y Jurisprudencia Norteamericana

No podemos ignorar que antes que se diera el caso aleman en los Estados Unidos desde el año 1875 cuando se aprobo la Ley de Derechos Civiles (Civil Rights Act) para anular algunos fallos pues el State Action requeria que el Estado estuviese presente en la medida que hubiese una violacion constitucional se discutia ya que la ley suprema de los Civil Right no se aplicaba a los casos particulares En cuanto a las mismas tanto la ley del programa de Leyes de Reconstruccion constitucional institucion economica y social del pais luego de la Guerra de Secesion la cual establecia algunas medidas de igualdad como la

⁴ En el caso Lebach el demandante habia sido condenado por complicidad en el asesinato de uno soldados y en el robo de armas de un deposito que custodiaban y lo que pretendia entonces el demandante era evitar que se emitiera un documental televisivo sobre el crimen a razon de que estaba proximo a cumplir su sentencia y en consecuencia a salir de prision y consideraba que la emision televisiva del documental sobre el crimen en el que habia participado en el que aparecia su foto y ademas en el que se le mencionaba expresamente por su nombre lo afectaba en su derecho de intimidad y ponía en riesgo sus posibilidades de resocializacion empero los tribunales ordinarios que habian conocido del caso se habian negado a impedir la emision del documental por lo que habian desestimado la pretension

El caso Blinkfuer trata del Amparo Constitucional interpuesto por un semanario contra un grupo editorial que habia boicoteado su distribucion y la pretension del semanario habia sido desestimada por los tribunales ordinarios que habian conocido del caso

prohibición de la discriminación en lugares públicos de diversión (teatros algunos albergues) considerando su violación como falta y concedía a la persona ofendida la acción de indemnización por quinientos dólares ⁵

Ante el racismo imperante también contractualmente mediante cláusulas restrictivas en los contratos de arrendamiento o compraventa de inmuebles denominada *racially restrictive covenant* (cláusulas restrictivas desde el punto de vista racial) se refería a que los propietarios que negaran alquiler a negros o se obligaban a los que compraban inmuebles a no revenderlos o alquilarlos a negros en ese sentido la Suprema Corte de Justicia **Buchanan vs Warley** (1917) declara inconstitucional una ordenanza local que prohibía a personas de determinada raza (blanco o negro) ocupar locales o viviendas en edificios o en zonas habitadas mayoritariamente por otra raza. Agrega que el poder público podía limitar el derecho del vendedor a disponer de su propiedad pero no por motivos raciales (Escobar Fornos *Aplicación de derechos fundamentales en las relaciones privadas* s f)

⁵ Fronos Ivan *Aplicación de los Derechos Fundamentales en las relaciones privadas* Esta ley fue declarada inconstitucional por sentencia del Tribunal Supremo en 1883 en un asunto conocido como casos de los derechos civiles (Civil Rights cases) Se argumenta que la sección 5ª De la enmienda XIV base de la ley no autoriza al Congreso potestades activas para luchar contra la discriminación entre particulares el cual solo puede legislar lo estrictamente establecido en dicha enmienda dirigida a los Estados en palabras mas sencillas las leyes federales sobre derechos civiles se aplican a las autoridades y funcionarios y no a los particulares fundado en las enmiendas XIII y XIV Agregaba que la negativa de una persona o institución a permitir a un negro el uso de un medio de transporte o de un lugar de recreo no tiene que ver con la esclavitud para lo cual estaban previstas las enmiendas XIII y XIV Ya existía precedente que acogía la anterior doctrina en el caso *United vs Cruiksank* de 1876 El Tribunal Supremo anulo una sentencia que había condenado a dos personas por haber linchado a un negro

Siguiendo el desenvolvimiento de la aplicacion de derechos constitucionales que protegen a la dignidad humana dentro de las relaciones juridico privadas en 1920 vuelven a establecer la concepcion señalada en lineas anteriores para las enmiendas XIII y XIV estableciendo en el fallo *Corrigan vs Buckey* (1920) que las enmiendas V y XIV solo se aplicaban a los poderes publicos y como consecuencia **no prohibian a los particulares celebrar contratos discriminatorios** nos dice Escobar Fornos (El sombreado es nuestro)

Observamos que en el año de 1948 los Shelly –matrimonio negro adquirieron una propiedad de las que estaban prohibidas por los convenios raciales y una pareja blanca los Kraemer demandó para impedirles que tomaran posesion de la vivienda En este caso se derogo la jurisprudencia anterior prohibiendose a los estados la ejecucion de esos convenios discriminatorios pues al solicitarse su ejecucion ya no era un asunto entre particulares sino una cuestion en la que interviene el poder publico (Escobar Fornos s f pag 161) El fallo nos lleva al reconocimiento de la proteccion estatal por encima de los intereses de los particulares o la autonomia de la voluntad de las partes en un contrato Esta superada por los Principio de la Dignidad Humana y la no discriminacion o el derecho a la igualdad Ciertamente aqui podemos señalar que se aplican como derechos subjetivos publicos al establecer que mientras esten en sus convenios particulares su relacion contractual no afecta sin embargo al ponerlos en ejecucion ya se estaria invadiendo el espacio del poder publico

1 9 5 Caso Italiano

No dejamos atras en el periodo de 1956 a 2003 durante el cual la Corte italiana produjo 349 decisiones en asuntos constitucionales relacionados con elCodigo Civil con diferentes modalidades de fallos y en cuestiones como el adulterio el uso del nombre del marido (se le permitio a la mujer suprimirlo en un caso en que la separacion era culpa del varon Lo cual segun se dice llevo a la descodificacion dice Barroso citado por (Parra Benitez 2011)

1 9 6 Caso Samuel Kot Argentina

Aparte del desarrollo civil constitucional europeo hay un desarrollo Jurisprudencial en Argentina mediante el Caso Samuel Kot en 1958 aunque no totalmente inicia bajo los rigores civiles sino laborales y despues a traves de tramites penales En si los hechos inician con la firma Samuel Kot propietaria de una fabrica textil ubicada en el partido de San Martin provincia de Buenas Aires la que sufrio una huelga tras un conflicto con su personal La huelga fue declarada ilegal los obreros retornan a su trabajo y esto trajo efectivamente muchos despidos Asi mas tarde se declaro nula la resolucio que declaro ilegal la huelga y ordenaba reintegrar a los trabajadores Tras la negativa de la empresa los obreros despedidos ocuparon la fabrica paralizandola totalmente

El señor Juan Kot presento una denuncia por usurpacion pidiendo la desocupacion de la fabrica En ese caso dos dias despues el Juez ordena el sobreseimiento definitivo en la causa y se instauro un Recurso Extraordinario en lo Penal por parte del prenombrado sin embargo la Corte lo declaro

improcedente. Kot se basó en el caso Siri en base a la libertad de trabajo, en el derecho a la propiedad y en el derecho a la libre actividad, todos estos mencionados por la Constitución Nacional de Argentina. Ahora bien, en lo que nos atañe a nuestro concepto, es que a la par de esto, Kot decidió iniciar otra causa paralelamente porque era favorecido. Interpuso un amparo, el cual resultó favorable a él, en el cual se estableció en lo medular, la sentencia establecía que en el Caso Siri, la restricción ilegítima provenía de la autoridad pública, en este caso era entre particulares. Así que señaló que si bien es verdad que en ambos casos es diferente el sujeto de quien proviene la restricción, no es esto esencial a los fines de la protección de la Constitución. El Artículo 33 de la Constitución al hacer mención de los derechos y garantías implícitos no excluye restricciones emanadas de particulares. Y señala que aun en la hipótesis de que los obreros tuvieran toda la razón, la ocupación de la fábrica por aquellos era ilegítima.

Sin embargo, debemos anotar que no hubo consenso y que las disidencias de dos magistrados establecieron que no puede basarse esta cuestión en lo decidido por la Corte en el caso Siri y por otra no puede admitirse que los jueces amplíen la esfera de la acción de amparo extendiéndola a las violaciones cometidas por particulares, entre otras. (Notas tomadas de todoelderecho.com)

Con estos casos, la doctrina de la *Drittwirkun* va tomando importancia y se empieza por otorgarle ciertas composiciones al término de las aplicaciones de las normas constitucionales en las relaciones jurídicas privadas y que van a repercutir de una manera profunda en el desarrollo jurídico y las Constituciones modernas.

Por lo pronto estudiaremos la terminología que va componer el fenómeno estudiado

1 10 Nomenclaturas o Denominaciones Despues del Fallo Luth

Un fenomeno no aparece de la nada el cambio o la transmutacion que se produce por el movimiento cualquiera que sea este trae consigo particulas nuevas que van a producir una regeneracion tanto de los conceptos como de la forma en que ellos van a aplicarse a la vida diaria Si bien puede que no nos afecte en una u otra circunstancia eso no quiere decir que no se aligere ese cambio que producira resultados diferentes a los que hasta ahora han servido

Asi ocurre con el derecho simplemente podemos tener normas para cada cosa creyendo firmemente como los luspositivistas que con esto se daban las soluciones a todos los problemas que surgieran haciendo una subsuncion sin embargo la historia nos cuenta otra cosa son mas las situaciones juridicas en las que en vez de seguir con el metodo deductivo hemos tenido que cambiar al metodo inductivo para poder asi configurar premisas que nos lleven a la respuesta mas cercana al problema presentado El fallo Luth incomparable en la historia ha dejado una huella imborrable en el derecho civil al rebasar su autonomia sus principios en cuanto a la buena fe en cuanto a la responsabilidad extracontractual por daño moral en fin habria un sinnumero de supuestos en base a este y es lo que afecta nuestro estudio Sin embargo ese caso trajo consigo una nueva formula o nomenclatura doctrinal en cuanto a los nombre con

que las aguas bautismales otorgaron un nombre a lo que hoy es la Teoría de *Drittwirkung der Grundrechte*. Veamos

1.10.1 La Paternidad Jurisprudencial y la Paternidad en el Término

No está demás repetir que la Paternidad jurisprudencial obedece al caso Luth⁶ ya citado. Sin embargo, lo que llamamos la Paternidad del Término o nombre de la teoría se le adjudica o se le reconoce como Promotor inicial a Hans Carl Nipperdey⁶. Este sostuvo en 1950 que, nos cita Mendoza Escalante, que los derechos fundamentales vinculan las relaciones jurídicas entre particulares de modo directo, incluso al margen del desarrollo legislativo que habría dado el legislador.

Se puede señalar que no se trata de un compuesto químico capaz de solucionar un dolor que le aqueja, pero sí se trata de un **compuesto jurídico** que ha desarrollado la Doctrina Alemana para reconocer a las relaciones entre privados la justificación de llevarse en medio de las mismas, la observancia de los derechos constitucionales, derechos fundamentales o principios generales constitucionalizados.

1.10.2 *Drittwirkung der Grundrechte* y otras Acepciones

En el entorno jurídico, desde el Derecho Alemán hasta el Derecho Español, se le han otorgado a la Teoría de la Eficacia y validez de los Derechos

⁶ Nipperdey, Hans. Se le reconoce la autoría de la Tesis

Constitucionales en las Relaciones Privadas varias acepciones y los doctrinarios han elaborado una serie de formulas que integren dos normas separadas como el agua y el aceite las civiles y las constitucionales en lo relativo a los derechos que son naturales del hombre humanos si y que al reconocerse como dispositivos en la Constitucion de cualquier Estado pasan a ser Derechos Fundamentales Fue bautizada como la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales que el Doctorando Mijail Mendoza resume segun la dogmatica alemana de distintas formas o frases destinadas a pretender establecer el Proceso de la

*Eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (**Drittwirkung der Grundrechte**)* así como los de eficacia horizontal (**Horizontalwirkung**) validez de los derechos fundamentales en el derecho privado (*Geltung der Grundrechte im Privatrecht*)¹ eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones juridica privadas (*im Privatrechtsverhültniss*) en el trafico juridico privado o de derecho privado (*privatrechtliche Verkehr*) o tambien en las relaciones juridicas entre sujetos de derecho privado (*in den Beziehungen der Privatrechts-subjekte untereinander*) Como se apreciara y ha sido destacado por la propia doctrina alemana la denominacion introducida por Hans Peter Ipsen² de eficacia frente a terceros de derechos fundamentales no resulta la mas adecuada sin embargo ella ha alcanzado aceptacion general y es de empleo generalizado para la designacion de esta problematica y desde luego por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional aleman (Mendoza Escalante 2008)

En cuanto a la primera y tercera acepcion de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales o *drittwirkung der grundrechte* en la acepcion de **Geltung der Grundrechte “im Privatrecht** pareciera que se tratara de lo mismo ello no es totalmente una realidad Los conceptos de eficacia y validez en nuestras acepciones no son lo mismo Tanto así que al hablar del tema in comento el Magistrado Presidente de la Sala Civil Panameña Hernan de Leon Batista ya citado en su articulo Validez y Eficacia de las normas de derechos fundamentales Una orientacion hacia las relaciones interpersonales establece que La extension de los derechos fundamentales en las relaciones de Derecho privado no es un problema de eficacia sino de validez es decir de un ambito de validez de los derechos fundamentales extendido a todas las relaciones juridicas

Por lo que naturalmente se trata de dos momentos diferentes en el estudio de la Teoria de la **Drittwirkung der Grundrechte** como la mas famosa de sus denominaciones en una seria la de la eficacia que mas bien se trataria de un problema procesal y en la otra de un problema de validez en cuanto a estas relaciones y las normas que van a regular las mismas

1 10 3 Aplicacion de las normas constitucionales en las relaciones privadas

En los albores del Siglo XIX y XX las Constituciones tanto de Queretaro en 1917 y la de Alemania en Weimar en 1919 despues de la Segunda guerra Mundial cuando se empezo a incluir lo que se denomino Derechos Sociales en

las Constituciones que incluyo tambien normas que pertenecian directamente al Codigo Civil Frances o Codigo de Napoleon () a ese proceso de incorporacion de este tipo de normas en las Constituciones (las cuales en primera instancia su proposito o finalidad era para regular lo concerniente al Estado funcionamiento) y no la proteccion especifica de institutos privados propiedad entre otros se le denomino Constitucionalizacion En este caso Constitucionalizacion del Derecho Privado

En ese sentido afirma Jorge Parra Benitez citando a Venegas en el articulo La Constitucionalizacion del Derecho Privado en Colombia que esta acepcion de Constitucionalizacion es el influjo de los textos constitucionales en la definicion de los contenidos posibles del ordenamiento infra constitucional y en la determinacion de los procedimientos admisibles de expedicion de los enunciados normativos que componen tal ordenamiento Y continua Parra citando a Barroso y establece que doctrinariamente se reconoce como el efecto expansivo de las normas constitucionales cuyo contenido material y axiologico se irradia con fuerza normativa por todo el sistema juridico dice Venegas por Parra Benitez

Y por ultimo este mismo cita al autor italiano Guastini estableciendo que este proceso Es una transformacion de un ordenamiento siendo caracteristico que la Constitucion sea capaz de condicionar tanto la legislacion como la jurisprudencia y el estilo doctrinal la accion de los actores politicos y las relaciones sociales (Parra Benitez J 2011)

Y una vez definido este Parra Benitez sobre la Constitucionalizacion del Derecho Privado

que en unas ocasiones se oculta con el nombre de **Derecho civil constitucional** y en otras se revela en la drittwirkung (eficacia horizontal de los derechos fundamentales) fue precedida por la privatizacion del Derecho Constitucional segun Francesco Galgano caracterizada esta por un interes creciente por tutela de modo prioritario a la persona humana habida cuenta de que ella ocupa un lugar central en la disciplina juridica publica o privada

En ese aspecto el Doctor Saraza Jimenez en Jueces y Derechos fundamentales y relaciones entre particulares establece que

Pero en todo caso se trata de cuestiones distintas puesto que cuando hablamos de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares hablamos de relaciones horizontales del problema basico de si tambien en estas relaciones los particulares pueden invocar frente a otros particulares la eficacia de los derechos fundamentales que la Constitucion reconoce mientras que cuando hablamos de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de Derecho Privado aunque en la mayoria de las ocasiones estamos hablando de relaciones entre particulares puede ser tambien que se trata de relaciones entre particulares y el poder publico cuando este actua sometido al Derecho privado (normalmente porque ha adoptado una personificacion juridica privada o porque le es permitido concertar contratos civiles o mercantiles regulados por el Derecho Privado) y ahí ya estamos en presencia de relaciones verticales en las que se plantea la vision clasica de los derechos fundamentales como garantizadores de ambitos de libertad e inmunidad ciudadano frente a los poderes publicos

1 10 4 **Derecho Civil Constitucionalizado**

Los civilistas o profesores de derecho civil proveen una nomenclatura

distinta La Civilizacion del derecho Constitucional El Derecho Comun
 Estableciendo que es el mismo fenomeno pero observado desde el angulo
 inverso materias que eran y son propias de derecho privado ahora se las
 encuentra en la Constitucion al menos en sus elementos basicos (Corral Talciani
 H 2010) Las normas como de la familia el nacimiento y las obligaciones las
 sucesiones son propias del derecho civil y se han traspelado a las Constituciones
 y señala el autor Corral que estas disposiciones no cambian su pertenencia o
 adscripcion al derecho privado por el solo hecho de recogerse en la Constitucion
 o por contar con una adicional tutela jurisdiccional de fuente constitucional

1 10 5 Modalidades del Derecho Civil Constitucionalizado

Los cambios son indetenibles en el Derecho sobre todo así como las
 generaciones se transforman la velocidad en que se desenvuelven los sujetos
 en medio de sus relaciones personales actualmente por la tecnologia o
 sistemas tambien se han de transformar las formas de regular las situaciones
 sin embargo el derecho privado trata de mantener

los ideales de igualdad impersonalidad de las
 normas coherencia y sistematizaciones (propias de la
 codificacion) pero integrandolos en una comprension
 mas profunda y real del proceso de creacion e
 interpretacion juridica y una consideracion relevante
 de fines y principios morales como la dignidad de la
 personal la justicia contractual y los valores de
 solidaridad que parecen insoslayables para
 fundamental y dar legitimidad al sistema (Corral
 Talciani H 2010)

Sin embargo es innegable la superacion del Positivismo por la tendencia

que trajo el neoconstitucionalismo o el Estado de Derecho Constitucional que es la aplicacion de normas constitucionales en el Derecho Privado. Es este el que trae la modalidad con la cual se regenera el derecho privado o da las pautas que requieren las relaciones juridico privadas modernas para el Siglo XXI.

Despues de haber desarrollado la problematica que surge ante una situacion entre particulares y que sea regulada en las normas juridicas civiles u ordinarias de cualquier ordenamiento juridico en un lugar determinado y darnos cuenta que se pueden a pesar de utilizar dicha norma estarse vulnerando o violando normas iusfundamentales o constitucionales la doctrina desarrollo la Teoria despues de un fallo la Eficacia de esos derechos en las relaciones privadas como ya hemos mencionado sin embargo la puesta en practica o llevada a la praxis ha sido acogida por el nombre de Constitucionalizacion del Derecho Civil o Derecho Civil Constitucionalizado y que determina como se puede formular la misma.

La supuesta Constitucionalizacion del Derecho Civil se puede apreciar o establecer en varias combinaciones segun el autor Colombiano Parra todo depende de las funciones de la aplicacion asi:

- a) Consagracion en la misma Constitucion de disposiciones que regulen (o recojan) asuntos propios de normas inferiores. Se puede nombrar como constitucionalizacion directa o constitucionalizacion elevacion diferente a la constitucionalizacion juridizacion (o mayor fuerza normativa calidad de reglas de los preceptos constitucionales) y a la constitucionalizacion transformacion (iniciada a partir de la decada de 1970 consistente en que se impregna el ordenamiento por

- constitucionalización de los derechos y libertades
- b) Constitucionalización judicial ora realizada por el tribunal constitucional en la creación de subreglas constitucionales que deben ser aplicadas necesariamente o como precedente judicial mediante la irradiación general del llamado Derecho de la Constitución. Que comprenda inclusive la doctrina constitucional en su sentido más amplio **obiter dicta** ora plasmada a través de la solución concreta de casos específicos que el juez ordinario no decidió o lo hizo sin respetar los derechos fundamentales o cuyo marco de resolución no aparece contemplado en la ley por omisión del legislador
 - c) Desarrollo por el legislador de las normas constitucionales mediante preceptos que recogen el espíritu superior. Podrá calificarse de forma ideal de constitucionalización

Otros autores desarrollan las modalidades de la constitucionalización del Derecho Privado determinando que opera este fenómeno a través de tres vías o por lo menos así lo reporta el autor chileno que en su medio nacional es así la reforma de las leyes la interpretación de las leyes y la aplicación de la Constitución como ley. Señala Corral Talciani que en cuanto a la vía reformadora se produce como La Constitución como motor del cambio legislativo así se tiene que consideran el más efectivo y en ese sentido determinaron que existía una necesidad de ajustar la normativa legal a las exigencias del principio de igualdad recogido en la Constitución si bien para ello se relativizó el deber del Estado de proteger la familia fundada en el matrimonio. Señala que el texto constitucional incursionó en el Código Civil. Mediante un artículo fue tomada una frase directamente de un artículo de la Carta Magna

Al igual que en la concepción anterior en que se hablan de la

Constitucionalización judicial el jurista chileno Corral Talciani le llama la vía hermenéutica o de aplicación indirecta. En ese sentido señala que es una vía menos invasiva que la reformadora *up supra* pero quizás de mayor penetración y permanencia. Ahora bien, considera que tiene dos formas o modos de aplicarse: una moderada y otra radical.

La moderada contempla la Constitución como el marco dentro del cual deben moverse los operadores en el Derecho Privado a la hora de interpretar los textos legales. En esta versión es posible incluir la aplicación del criterio de interpretación llamado *conforme a la Constitución* y que consiste en privilegiar como lectura de un texto legal aquella en que se aprecie mejor su compatibilidad con los valores y normas constitucionales. Igualmente se aplica esta vía cuando el intérprete se encuentra con cláusulas generales o abiertas de los supuestos de hecho de las normas. Son los llamados conceptos jurídicos indeterminados como buenas costumbres, orden público, moral, inenajenabilidad, buena fe, etc. **Todos ellos pueden concretarse o llenarse de contenido haciendo uso de los preceptos constitucionales,** afirma Hernán Corral Talciani en sus reflexiones de la Constitucionalización del Derecho Privado en Chile.

Añade el autor que en este caso el Juez puede usar los principios generales del derecho y que es propicio hablar del espíritu general de la legislación. Ha de incluirse dentro de esta última la legislación constitucional.

Pero como señala el autor *up supra* citado, hay una fórmula de la hermenéutica distinta a la moderada que es la radical. Esta es profunda, pues promueve un cambio en la perspectiva metodológica y en la comprensión del Derecho Privado. Este ya no puede ser entendido como un conjunto de técnicas que sirven para distribuir los bienes entre los particulares sin que existan opciones

valoricas o morales subyacentes (Corral Talciani H 2010) En síntesis por un lado El Derecho Civil pasa a ser comprendido en todas sus normas o institucionales asumen como propios los valores y principios del orden constitucional Agregan en esta modalidad de Hermeneutica radical a dos autores que la aceptan El primero de ellos Carlos Martinez de Aguirre señala que es preciso lograr que las normas civiles sean instrumentos de actuacion de los principios constitucionales a letra dice la cita La Constitucion y sus principios no deben influir en el Derecho civil **desde fuera Sino que debe penetrar en el interior mismo del sistema**, y desde ahí vitalizar enteramente el Derecho Civil constituyendose en la fuerza interna inspiradora de la aplicacion e interpretacion de las normas civiles Igual formula plantea el autor del Texto Normas constitucionales y relaciones del Derecho Civil Pietro Pierlingieri citado por Hernan Corral Talciani y nos dice que contrario a Dworkin que plantea solo para los casos dificiles el establece que las normas constitucionales que dictan principios de relevancia general son de derecho sustancial no meramente interpretativas el recurso a ellas tambien en sede de interpretacion se justifica lo mismo que para cualquier otra norma como expresion de un valor al cual la interpretacion no se puede sustraer (Corral Talciani H 2010 pag 9)

En el orden listado anteriormente nos queda la via de la aplicacion directa Si es esta la que señalamos en nuestro trabajo se trata del aporte que se produce cuando el Juez es autorizado a resolver un caso de derecho privado invocando las disposiciones constitucionales sin esperar que ellas hayan sido desarrolladas

por un texto legal que reconoce Corral Talciani. Hay varias formas o modalidades en que se realiza esta aplicación pero el tema de ellas formara un largo estudio en el capítulo segundo cuando trataremos las teorías y su aplicación directa mas profundamente cuando producto de las doctrinas desarrolladas conforme a esta aplicación directa invocaremos los planteamientos de Ronald Dworkin en cuanto a aplicarlos en los casos difíciles o donde el ordenamiento civil el cual sostiene que los principios son aplicables ya que la regla se desprende del principio frente a la Tesis de Robert Alexy que plantea un modelo de tres niveles para resolver el Problema con lo que lograremos establecer un debate doctrinario jurídico hacia la vía de la aplicación directa de las normas constitucionales en nuestra legislación conforme el planteamiento de la Drittwirkung directa

1.11 Normatividad Constitucional de las normas civiles y sociales en la historia Pre Republicana y Republicana

Antes de ser República Panamá la S acostada tendida sobre un Istmo bajo los designios de la hermana República de Colombia con nueve (9) Constituciones desde 1821 hasta la Constitución de 1886 fueron las Cartas que nos rigieron y que establecieron también las bases de nuestra vida Republicana aunque el autor Panameño establece que la primera Constitución Panameña fue la Constitución de 1841 y la misma reconocía que esta fue promulgada a raíz de la separación de Panamá de Nueva Granada hecho ocurrido el 18 de Noviembre de 1840. Y en cuanto a la regulación de las relaciones civiles El Istmo se regía por el derecho castellano entre los cuales

podemos mencionar el Fuero Juzgo el Feron Real las Siete Partidas La Novisima recopilacion de Castilla y por otro lado el derecho indiano entendiendolo en sentido restringido (Del Moral 2006) Por lo que despues de nuestra separacion el 28 de noviembre de 1821 hasta la fecha en que entro a regir elCodigo Civil en 1917 fueron ochenta y dos (82) años unidos a Colombia hasta la secesion de 1903 en esos años bajo el liderazgo de Don Justo Arosemena se logro el establecimiento de la Constitucion colombiana de 1853 reconociera a Panama como Estado Soberano que dependia de la Nueva granada en materias de orden publico como relaciones exteriores servicio militar y otras pero que dejaba al Estado Soberano de Panama definir la legislacion que se refiera a las relaciones patrimoniales y personales menciona Del Moral Es asi como en el año 1860 se expide unCodigo Civil del Estado Soberano de Panama para que entrara a regir el 1 de marzo de 1862 siendo una fiel copia delCodigo de Cundinamarca copia del De Bello aunque el Estado soberano decide incluirle un libro Quinto sobre el Notariado y Registro de instrumentos Publicos La vida que esteCodigo tuvo fue de cinco años hasta que en 1887 se establece una Nueva Constitucion y con ella un nuevoCodigo Civil de 1886 copia textual delCodigo de Bello (Del Moral 2006) y el unico cambio que tuvo fue la eliminacion del Titulo V que se habia incluido en elCodigo Civil anterior es decir elCodigo Civil de 1853

Es necesario para nuestros estudios el examen de la Constitucion Colombiana de 1886 y la insercion directa de este Titulo III De los Derechos

individuales y las garantías sociales en el Código Civil colombiano y determinar la filosofía de esta inclusión constitucional de forma directa

1.11.1 Constitución de 1886 y la Inserción de normas constitucionales en el Código Civil

Según un escrito de la Alcaldía de Bogotá la Constitución de 1886 era portadora de una concepción débil de Derechos Fundamentales. Es más, no consagraba como tales Derechos fundamentales. En el título III de la Constitución se establecía De los Derechos Civiles y garantías sociales, entre las cuales se situaban algunas de las libertades que hoy se consideran Derechos Fundamentales.⁷ La Constitucionalización civil en Colombia operó sin querer en esta etapa de una manera vertiginosa. Su título III era parte del título preliminar del Código Civil, hecho que puede abordarse desde diferentes ángulos.⁸

El artículo 7 del Código Civil de 1886 establecía que

⁷ Colombia. Constitución Política de la República de Colombia (1886)

- a) ⁸ **Mediante la defensa de la Constitución de 1886** Por el contexto histórico obedeció a una razón ideológica: **la de conservar la unidad entre el modelo constitucional y el modelo civil, ambos de corte individualista**.⁸ (el sombreado es nuestro)
- Doctrinalmente** se dice que la razón para que dicho título de la Constitución hiciera parte del Código Civil era hacer efectivos los derechos allí consagrados, porque se carecía de acciones específicas para lograr su eficacia. Se decía también que se buscaba una interpretación conforme a la Constitución. Pero se advierte que los derechos que se traían en la Constitución representaban más bien límites para las autoridades, pero no la dinámica que hoy tienen los derechos fundamentales. González 2007: 80. Citado por Jorge Parra Benítez.
- b) Con detrimento del valor jurídico de la Constitución, puesto que la agregación del título III **consolidó la importancia del Código Civil**. El legislador no se equivocaba. Pero todo estaba en el Código Civil, ya no había porque apelar a la Constitución. Esta se privatizó. Parra Benítez, Jorge.

el titulo III de la Constitucion sobre derechos civiles y garantias sociales tienen tambien fuerza legal, y dentro de las leyes posteriores a la Constitucion la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial delCodigo Civil

El articulo citado up supra nos hace constatar que le otorgaba a las normas que se encontraban en ese Titulo una fuerza legal ya que para esos tiempos las normas constitucionales tenian un sentido programatico por ese estado liberal y simplemente el legislador debia desarrollarlas en el Codigo

Este titulo nos condensaba ademas de los derechos civiles un contenido de derechos humanos propios de la epoca iniciando por asegurar en el articulo **19 el respeto reciproco de los derechos naturales**

El articulo 22 elimina todo tipo de esclavitud aun del extranjero en territorio nacional otras normas regulan o garantizan la libertad religiosa la educacion la propiedad privada lo que llamamos proteccion intelectual la intimidad (de la correspondencia) hoy derecho a la intimidad de las personas juridicas y estado civil y establece regulaciones de sucesiones La Constitucionalizacion Civil la vemos contemplada en este Titulo III en el articulo 52 que a letra dice **Las disposiciones del presente Titulo se incorporaran en el Codigo Civil como Titulo preliminar y no podran ser alteradas sino por acto reformatorio de la Constitucion**

No nos negamos ante el hecho que ni siquiera esta norma constitucional otorga la capacidad al legislador de reformarlas su categoria sigue siendo constitucional y que simplemente como lo establece el articulo 9

del Código Civil también tienen **fuerza legal** aunque su contenido fuera programático

La Constitución Colombiana se mantuvo a lo largo de la historia y no es hasta 1991 con la Nueva Constitución Colombiana que empiezan a darse unos cambios dramáticos y positivos tanto para principios civiles que son optimizados en esta Carta Magna

La Doctora Clara Ines Vargas Hernandez en (La incidencia de la Constitución de 1991 sobre el Código Civil Colombiano 2005) sobre el Código Civil Colombiano señala sobre la inserción de este capítulo de la Constitución dentro del Código Civil las razones que explican tal estado de cosas son historicas Posición contraria a la de los comentarios de la doctrina sobre el tema sobre la unidad interpretativa Veamos

En efecto en 1887 como lo recuerda Restrepo Piedrahita dos leyes distintas postularon doctrinas opuestas en relación con la supremacía constitucional Así el artículo 5 de la Ley 57 del 15 de abril declaró Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal preferrirá aquella Pero al poco tiempo en el mismo año el artículo 6 de la Ley 153 de 24 de agosto sentó el principio contrario Una ***disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución*** ” (*El sombreado es nuestro*)

Señala la jurista citada Clara Ines Vargas citando a Restrepo Piedrahita que el principio de supremacía constitucional implícito en los artículos 21 y 90 de la Constitución de 1886 quedó destronado por simple ***declaración legislativa*** Y externa la jurista Vargas que Fue por ello que se consideró necesario insertar

el Título III de la Constitución en la parte inicial del Código Civil **para que los jueces pudieran aplicar los derechos civiles y las garantías sociales cumpliendo al mismo tiempo con el mandato de darle primacía a la norma legal ”** (Vargas Hernández 2005) **(El sombreado es nuestro)**

De lo anterior se justifican varios contextos la inserción del Capítulo III Los derechos civiles y las garantías sociales de la Constitución en el Código Civil como un hecho de tipo histórico otros para conservar el modelo constitucional y el modelo civil sin embargo los posteriores autores señalan que **los jueces** pudieran aplicar los derechos hoy humanos o fundamentales en las relaciones privadas y le dieran a estas normas supremacía a la legal Esto si resulta de avanzada para los tiempos de esas excertas legales tanto la constitucional como la legal o del Código Civil Sean las razones que sean ese juez civil tenía la capacidad de aplicar directamente las normas constitucionales o mas bien principios constitucionalizados en las relaciones jurídico privadas sin ningún tipo de problemática o posición doctrinal exigente o ver si era una norma de derecho público o derecho privado o derecho constitucional y derecho civil no había diferencias

Y a este fenómeno se llamaría una Constitucionalización del Derecho Privado

1 11 2 Las Constituciones Republicanas 1903 1972 con las Reformas hasta 2004 y el Código Civil de 1917

Una vez separada de Colombia en el Plano jurídico mediante una ley en 1904

se establece que continúan en vigor en la República los Códigos y las leyes colombianas que regían en el antiguo Departamento de Panamá el 2 de noviembre de 1903 salvo las que sean contrarias a las normas expedidas por la Junta Provisional de Gobierno. Por lo que en cuanto a la legislación constitucional con la Constitución de 1904 no se estableció la forma de resolver los conflictos entre la Constitución y la ley si se estableció un control judicial preventivo sobre la constitucionalidad de los proyectos de leyes en el artículo 105 de dicha Constitución siguiendo la constitución colombiana de 1886 (Molino Mola 2011) El panorama sobre el sistema de control constitucional en Panamá dice el Dr. Molino Mola se empieza a aclarar a partir de la vigencia de los códigos civil y Judicial el 1 de octubre de 1917 igualmente el Código Administrativo en sus artículos 705 y 706 permitían que un juez de circuito anulara por inconstitucional los acuerdos municipales o cualquiera otro acto del concejo municipal.

1.11.2.1 Constitución de 1904 y el Código Civil de 1917

Panamá tiene una historia constitucional especial una vez se constituye en un Estado libre soberano inicia con la Constitución Nacional de 1904. Esta Constitución mantiene el llamado **Título III De los Derechos Individuales** pero no menciona Garantías ni determina por separado estas. Sin embargo en el primer artículo específicamente en el artículo 15 determina que las Autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes o

transeuntes en sus vidas honra y bienes y **derechos naturales, constitucionales y legales, previniendo y castigando los delitos**

Esta norma establece una diferencia entre los derechos naturales y las constitucionales por lo que no se considero en la misma que integraban un solo cuerpo sino que para el legislador consideraba que los derechos naturales no estaban reconocidos como derechos fundamentales como ahora los conocemos si lo vemos insertos en la Constitucion o excerta legal de Supremacia en una nacion

Interesante es que esta Constitucion en su articulo 30 establece una radical separacion de las relaciones privadas (como derechos subjetivos) de la intromision Estatal Es una exponencial excerta de los principios de la autonomia de la voluntad contractual y de la libertad contractual frente a los poderes publicos o estatales El mismo reza asi

Articulo 30 *Las obligaciones de caracter civil que nazcan de contratos o de otros actos hechos u omisiones que las produzcan no podran ser alteradas ni anuladas por el Poder Ejecutivo ni por el Legislativo (Constitucion de 1904)*

Es decir nuestroCodigo Civil que emana del acto de 1916 y que empezo a regir en 1917 reconoce claramente la supremacia de la Constitucion en el articulo 12 y la presencia normativa constitucional cuando la legal sea contraria a esta Sin embargo en cuanto a algun indicio que permitiera la aplicabilidad de las normas constitucionales en las relaciones entre los particulares al igual que lo que ocurre en el articulo 30 precitado se mantienen totalmente separadas se aplica la norma

especifica del tema o problema correspondiente y en caso de no existir el artículo 13 de ese Código establece la fórmula de hermenéutica para resolverla

Señala el Dr. Edgardo Molino Mola que los artículos 5, 12, 15 y 35 del Código Civil así como el artículo 4 del Código Judicial daban pie para que los jueces en general **dejaran de aplicar la legislación vigente** cuando la consideraran contraria a la Constitución del Estado (Molino Mola 2011)

Y agrega que el artículo 5 del Código Civil estaba en perfecta armonía con el artículo 48 la Constitución de 1904 que prohibía a la Asamblea dictar normas que afectaran los derechos individuales establecidos en la Constitución. Ese artículo 48 versaba así:

Artículo 48 Es prohibido a la Asamblea Nacional dictar leyes que disminuyan, restrinjan o adulteren cualquiera de los derechos individuales consignados en el presente Título sin reforma previa a la Constitución, salvo las excepciones que esta establece (Artículo 48, Título III, Constitución 1904) (Universidad de Panamá 1968)

1.11.2.2 La Constitución Nacional de 1941 y el Código Civil Panameño

Esta Carta Magna, que lo más probable es que haya recibido la influencia del reconocimiento de los derechos sociales en las Constituciones como lo fueron la de Querétaro en 1917 y la de Alemania Weimar de 1919 con la Ley de Bonn definitivamente que da un giro al Título III de la Constitución con el Título **“Derechos y Deberes Individuales y Sociales”** en los cuales establecen esos derechos de la persona humana, aunado a los reconocidos derechos sociales como lo son el de la educación, el trabajo y salud, y reconociendo en cuanto a los derechos civiles los de propiedad **con justo título con arreglo a las leyes civiles**

por personas naturales o jurídicas los cuales no podran ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, tambien señala la norma 47 que el interes privado debe ceder ante uno publico y social tratandose de leyes expedidas por motivos de utilidad publica o interes social, y plantea que la propiedad privada implica obligaciones por razon de la funcion social que debe llenar, los de invencion la correspondencia o intimidad entre otros

Este titulo III de la Constitucion Panameña de **1941** elimina lo que normaba el articulo 15 de la Constitucion de 1904 en el Libro Tercero De los Derechos Individuales es decir que las autoridades estaban instituidas para proteger y **asegurar los derechos naturales, legales y constitucionales de las personas** que era un avance en cuanto a los Derechos fundamentales o Principios constitucionalizados aunque estos no se reconocieran allí como los reconocemos ahora Adicional elimina el articulo 30 de la Constitucion de 1904 **que protegian las obligaciones, caracter u actos de los particulares del Estado**

Como podemos ver esta Carta Magna ya empieza a recibir la influencia de los derechos sociales el reconocimiento y la proteccion de ciertos derechos fundamentales sin embargo en cuanto alCodigo Civil este mantiene conforme a la doctrina que imperaba en esos momentos corte individualista reconociendo la Supremacia constitucional mas no una aplicacion directa de estas en las relaciones de los particulares

Ahora bien con esta Constitucion constituye el primer hito de lo que se podria llamar la Constitucionalizacion del Derecho Civil o una ampliacion a la hermeneutica exegetica cuando la Corte le da un fundamento axiologico al sistema juridico en el articulo 17 Esta norma establece que los servidores deben garantizar la efectividad de los deberes y derechos Constitucionales En la Constitucion y que son un minimo y no son excluyentes puede incluir principios derechos y deberes aun cuando no se encuentre en el sistema juridico vigente (Lombardo 2010) Señala el Doctor Lombardo que el articulo 17 se refiere a los valores juridicos superiores o fundamentales aqui observamos segun Moscote que el Estado cambia de Estado agente a Estado intervencionista porque emite una concepcion social del Derecho

1 11 2 3 La Constitucion Nacional de 1946 y elCodigo Civil Panameño

Es en la Constitucion Nacional de 1946 que el Estado Panameño cambia rotundamente el Titulo III al dar un giro en torno al reconocimiento en el Capitulo Primero de lo que se conocen como Garantias Fundamentales en el Capitulo segundo De la Familia en el Capitulo 3 Del Trabajo el Capitulo 4 De la Educacion Nacional Esta excerta legal superior dividio segun materia de derechos reconocidos como garantias fundamentales de los ciudadanos y los derechos y deberes individuales sociales y los deberes sociales por los particulares y por el Estado En fin las constituciones dejan de ser individualistas para convertirse en sociales Es lo que la doctrina ha llamado del

Liberalismo a lo Social o Estado Social Seguimos entonces con un Código Civil el cual sigue regulando las normas de derecho privado aunque con una Constitución que reconoce materias protectoras de derechos civiles individuales y los pregonados derechos sociales producto de grandes luchas de la sociedad Esta Constitución también mantiene un Capítulo que va a regular las Instituciones de Garantía en su artículo XIII y en el artículo 251 se confía la guarda de la integridad de la Constitución a la Corte Suprema que va poniendo de relieve la Protección **contra las ordenes de hacer o de no hacer** cuando se violen los derechos y garantías que la Constitución consagra según el artículo 252 y que sea a través del proceso sumario de Amparo de Garantías Constitucionales Por lo que esta Constitución no reconoce esta institución para los particulares o actos en las relaciones de los particulares

1.11.2.4 La Constitución Nacional de 1972 Hasta las Reformas de 2004 y el Código Civil Panameño

La Constitución Nacional de 1972 mantiene el Capítulo III De los Derechos y Deberes Individuales y que aun sigue vigente sin embargo en ella se han dado varias reformas como la de 1983 después la de 1993 y las reformas de noviembre de 2004 Entre los cambios de la última reforma esta el control de actos relativos al Habeas Corpus correctivo y preventivo y elevaron a rango constitucional la Defensoría del Pueblo Acción de Habeas Data el Derechos de los consumidores a obtener bienes y servicios de calidad para la protección de que es la que nos atañe en lo concerniente al artículo 17 que establece que

Artículo 17 de la CN Las autoridades de la Republica estan instituidas para proteger en su vida honra y bienes a los nacionales donde quiera que se encuentren y a los extranjeros que esten bajo su jurisdiccion asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales y cumplir y hacer cumplir la constitucion y la ley

Los derechos y garantias que consagra esta Constitucion deben considerarse como minimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana (El sombreado es nuestro)

Este articulo causa un efecto diferente Segun el Profesor panameño Boris Barrios con esta adicion al articulo 17 se introduce un enunciado netamente neo constitucional a nuestra Constitucion panameña de corte liberal antes era una norma programatica pasa a ser una norma vinculante de los poderes publicos a la proteccion de los derechos fundamentales (Barrios Gonzalez 2012)

1 12 Los Fallos que Determinan la Situacion de la Eficacia y Validez de los derechos constitucionales en las relaciones juridicas privadas

La jurisprudencia tambien ha sostenido que no procede la accion de amparo cuando las normas constitucionales invocadas como violadas tienen caracter programatico por no contener **per se** un derecho constitucional individualizado y que es necesario que se alegue junto con una violacion de otra norma constitucional que si contenga un derecho

Los derechos constitucionales protegidos por la accion de Amparo de Garantias Constitucionales son los siguientes

- 1 Derecho a no ser discriminado
- 2 La igualdad ante la ley
- 3 Derecho de los nacionales a no ser extraditados
- 4 Derecho a no declarar contra si mismo su conyuge o sus parientes dentro del

- cuarto grado de consanguineidad y segundo de afinidad
- 5 Derecho a la intimidad
 - 6 Derecho a la inviolabilidad del domicilio
 - 7 Derecho a la inviolabilidad de la correspondencia
 - 8 Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas
 - 9 Libertad de tránsito
 - 10 Libertad de expresión
 - 11 Libertad de pensamiento
 - 12 Libertad de reunión
 - 13 Libertad de Profesión
 - 14 Libertad de Religión
 - 15 Libertad de Asociación
 - 16 Derecho a no ser sometido a torturas
 - 17 Derecho a no ser penado con la muerte
 - 18 Derecho a no ser penado con la expatriación
 - 19 Derecho a no ser penado con la confiscación de bienes
 - 20 Derecho a ser penado solo por delito reconocido en la ley
 - 21 Derecho al debido proceso
 - 22 Derecho a indemnización por violación de la legalidad o de la constitucionalidad
 - 23 Derecho a presentar peticiones y quejas
 - 24 Derecho a que no se apliquen leyes con efecto retroactivo salvo las excepciones constitucionales
 - 25 Derecho de propiedad
 - 26 Derecho a no pagar contribución ni impuesto no fijado por ley
 - 27 Derecho de autor
 - 28 Derecho de Trabajo
 - 29 Derecho a la Educación
 - 30 Derecho a la Vivienda
 - 31 Derecho a la alimentación de menores
 - 32 Derecho a un ambiente sano
 - 33 Derecho de la Familia
 - 34 Derecho a la Cultura
 - 35 Derecho a la Seguridad y a la asistencia social
 - 36 El fuero de maternidad (sentencias de 25 de junio de 1993 y de 1 febrero de 1991) (Molino Mola Los actos sujetos a la acción de Amparo 1995)

Las sentencias citadas enumeran los derechos constitucionales objeto de amparo y que deben alegarse como un derecho sustantivo. En los años 90 las normas constitucionales con la concepción del Estado liberal eran solo normas

programaticas y el desarrollo de las mismas se encontraban en las normas sustantivas

Ahora bien desde los años de 1990 señala el Dr Molino que contra los actos de los particulares no se admiten Amparos de garantías

Todo lo anteriormente expuesto demuestra que en nuestro país no caben acciones de amparos contra los actos de los particulares por eso hemos visto que no caben contra laudos arbitrales También la Corte ha sostenido que no caben contra los actos de los administradores de la quiebra nombrados por el Tribunal así como tampoco por los secuestres

Uno de los primeros fallos de la Corte del periodo de los 90 bajo la ponencia del Dr Cesar Quintero aclaro este punto en la siguiente forma

El doctor Jacinto Cardenas como apoderado legal del señor CARLOS AFU DECEREGA interpuso Amparo de Garantías Constitucionales contra la orden de no hacer contenida en el COMUNICADO del día 8 de mayo de 1990 expedida por la FEDERACION PANAMEÑA DE BEISBOL AFICIONADO por medio de la cual se declara cancelado el partido realizado en el estadio Olmedo Sole el día 6 de mayo de 1990 y se ordena la celebracion del mismo en el estadio Juan Demostenes Arosemena el sábado 12 de mayo de 1990

En cuanto a la determinacion de las disposiciones constitucionales infringidas el amparista estimo vulnerados los artículos 17 y 32 señalando el concepto de la infraccion

No obstante lo expuesto se debe tener presente que el artículo 2606 de nuestro ordenamiento jurídico procesal modificado por el artículo 1 del Decreto de Gabinete 50 de 20 de febrero de 1990 es claro al señalar que

Toda persona contra la cual se expida o se ejecute por cualquier servidor publico una orden de hacer o de no hacer que viole los derechos y garantías que la Constitución consagra tendra derecho a que la orden sea revocada a peticion suya o de cualquier persona (Subrayado del Pleno)

De la disposicion transcrita se infiere que en el caso en examen el amparo no es la via adecuada para impugnar el COMUNICADO del día 8 de mayo de 1990 expedido por la FEDERACION PANAMEÑA DE BEISBOL DE AFICIONADO

El razonamiento que precede tiene como fundamento el hecho de que la FEDERACION PANAMEÑA DE BEISBOL AFICIONADO no es una entidad publica por lo cual el comunicado proferido por la citada FEDERACION no es susceptible de impugnacion por la via del amparo ya que no se trata de un servidor publico
 Tratandose de un amparo a todas luces improcedente no se debe dar curso al mismo tal como lo establece el articulo 2 del Decreto de Gabinete 50 de 1990 que modifica el articulo 2611 delCodigo Judicial (Sentencia de 11 de mayo de 1990)

De los años 90 a la fecha actual y con la influencia de doctrinas constitucionalistas y la de considerarse un Estado social por la eminente proteccion de Derechos Fundamentales existe un pronunciamiento contrario al articulo 54 de la Constitucion Nacional que no permite Amparo contra los actos u hechos de los particulares o en medio de decisiones de relaciones privadas o de trafico juridico Se presento ante un juez ordinario en la Provincia de Coclé un Amparo entre particulares sin embargo el intrepido juzgador rebaso la normativa constitucional concediendo el Amparo entre una Escuela y un usuario contratante

1 12 1 Amparo de Garantias ante el Juez de Coclé en 1997

Los hechos del caso inician cuando el 29 de mayo del presente año en una reunion de padres de familias y directivos del colegio surgio una desavenencia entre la señora OLGA VALDERRAMA MENDOZA y el Colegio por lo que dicha institucion por medio de su representante legal le hizo llegar una comunicacion escrita rescindiendo el Contrato de Servicios Educativos suscrito por las partes en base a la clausula undecima del contrato El 3 de junio de 1997 la señora OLGA VALDERRAMA presento una demanda de amparo de garantias constitucionales contra el Colegio Internacional Saint George de Panama Plantel de Aguadulce y/o Ricardo Muñoz Tejera

Dicha accion fue acogida por el Juez Primero de Circuito de Coclé Ramo Civil **sin tener el demandado la condicion de servidor publico** sin acreditarse la existencia y representacion legal de la sociedad y sin notificar o darle traslado legalmente a los demandados Y lo mas grave fue fallada contra los demandados El aludido fallo de amparo fue proferido por el Juez el 13 de junio de 1997 resolviendo CONCEDER el amparo propuesto por OLGA VALDERRAMA en nombre

de sus hijos y REVOCAR la nota mediante la cual se rescindia el contrato de servicios educativos **(El sombreado es nuestro)**

Esta resolucio n fue comunicada a los demandados mediante Edicto N° 326 de 16 de junio de 1997 y quedo ejecutoriada el 18 de junio del mismo año

Es decir que los demandados nunca fueron notificados personalmente por lo que no pudieron hacer valer sus derechos. Adem as se indica que en el referido caso el juez debio declararse impedido por existir una enemistad manifiesta entre el y el demandado Ricardo Mu ñoz Tejera desde febrero del presente año cuando se le hizo saber que sus hijos no serian aceptados en el Colegio. Asi a juicio del apelante al no rechazarse la demanda de amparo por ser manifiestamente improcedente debido a que la parte demandada no tenia la calidad de servidor publico el Juez denunciado tomo venganza en contra de la persona del Dr. Mu ñoz Tejera y con su decision le ocasiono graves perjuicios incurriendo asi en un acto arbitrario ⁹

En lo que se refiere a la decision del Juez de primero acoger el Amparo de Garantias Constitucionales y revocar la orden en el que utilizo unas normas tanto sustantivas como de proteccion de derechos fundamentales se dice en el fallo del superior

En tal sentido el Juez Primero del Circuito de Cocle actuando como tribunal de amparo procedio a juzgar lo ocurrido en una reunion de padres de familia en el aludido Colegio (donde supuestamente la amparista agredio verbalmente al representante legal del mismo) y la decision que a consecuencia de ese incidente adopto el representante del plantel cancelandole **el contrato de prestacion de servicios existente entre la institucion educativa y la se ñora Valderrama, acto**

⁹ ACCION DE AMPARO DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES INTERPUESTO POR EL LCDO CARLOS HERRERA MORAN EN NOMBRE Y REPRESENTACION DE EDUCACION AVANZADA S A (COLEGIO INTERNACIONAL SAINT GEORGE AGUADULCE) Y RICARDO MUÑOZ TEJERIA CONTRA LA SENTENCIA N° AMP/005 DE 13 DE JULIO DE 1997 EMITIDA POR EL JUEZ PRIMERO DE CIRCUITO DE COCLE RAMO CIVIL EN APELACION
MAGISTRADO PONENTE ELIGIO A SALAS PANAMA 8 (OCHO) DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE (1997)
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PLENO REGISTRO JUDICIAL AGOSTO 1997 AMPARO DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES

que constituyo el objeto contra el que se interpuso aquel amparo

Así para decidir el amparo el juez entro a examinar el artículo 11 de las Condiciones Basicas de Admision o Contrato de Prestacion de Servicios Educativos del Colegio Internacional Saint George y si se habia acreditado que la amparista lo habia violado

Tambien tomo en cuenta que el señor Ricardo Muñoz Tejeira a pesar de ser el presidente de la Junta Directiva del Colegio no actuó como tal sino en forma personal y unilateral concluyendo entonces que aunque en el contrato que celebraron los padres y el Colegio se consagraba el derecho a revocarlo esa decision debia haber emanado de la Junta Directiva porque el contrato no identificaba a la autoridad que tiene facultades para adoptar esa clase de decisiones

Adicionalmente la sentencia del Juez Primero del Circuito hace referencia al incumplimiento por parte del colegio del Decreto Ejecutivo 162 de 22 de julio de 1996 que establece el regimen administrativo para la aplicacion de sanciones disciplinarias a los estudiantes en los planteles oficiales y particulares y tambien a la violacion del artículo 1645 del Código Civil Todo lo anterior se hizo para concluir en la supuesta violacion del debido proceso y así justificar la resolucio[n] de CONCEDER el pretendido amparo REVOCAR la nota emitida por la autoridad educativa del plantel particular dirigida a la REGISTRO JUDICIAL AGOSTO 1997

Este fallo del Juez fue revocado y judicialmente criticado por la Corte la cual en sus alegaciones establecio que

ANULAR las actuaciones del Colegio relacionadas con la cancelacion de cupos de los estudiantes La Corte ha podido comprobar que desde un principio el Juez Primero del Circuito de Coclé actuó totalmente al margen de la Constitucion y la ley pues acogio una supuesta accion constitucional a todas luces improcedentes Ignoro el concepto y las características del Amparo de Garantias consagrado en el artículo 50 de la Carta Fundamental en concordancia con el artículo 2606 del Código Judicial pues no atendio a la calidad de SERVIDOR PUBLICO que se precisa en cuanto al sujeto pasivo contra quien procede este mecanismo de tutela Esa conducta es grave y preocupante porque permite pensar o en una ignorancia inexcusable de la ley o en una actuacion inspirada en la mala fe por parte del administrador de justicia Se le imprimio al proceso un tramite por completo irregular y se emitio un fallo como tribunal constitucional de amparo sobre una materia que siendo competencia de la justicia ordinaria ni siquiera debio ser admitida para

su conocimiento. Es evidente que la resolución atacada mediante el amparo propuesto por la entidad de educación privada es arbitraria y transgrede el orden constitucional.

En casos como este, la Corte debe prescindir de consideraciones formales y técnicas que le impidan proferir la decisión de fondo necesaria para corregir una seria irregularidad. Es así, pues, no cabe avalar y permitir el abuso de autoridad o la extralimitación de funciones en la que puedan incurrir los jueces en la tarea de administrar justicia.

Esta claro que la demanda de amparo promovida por la señora Olga Valderrama era manifiestamente improcedente y el fallo dictado por el Juez, dejando de tomar en cuenta que la parte demandada no era un servidor público sino un particular, desnaturalizó el propósito del recurso restandole seriedad y certidumbre a la recta administración de la justicia. Considera el Pleno que el Tribunal Superior de Justicia del Segundo Distrito Judicial está obligado a investigar la conducta observada en esta actuación por el Juez Primero del Circuito de Coclé. Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA la resolución de 30 de junio de 1997 dictada por el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial y en su lugar ORDENA que se admita el Amparo de Garantías Constitucionales propuesto por el Lcdo. CARLOS HERRERA MORAN, en representación de Educación Avanzada S.A. (COLEGIO INTERNACIONAL SAINT GEORGE AGUADULCE). Notifíquese y Cúmplase. (fdo.) ELIGIO A. SALAS (fdo.) FABIAN A. ECHEVERS (fdo.) ROGELIO A. FABREGA Z. (fdo.) HUMBERTO A. COLLADO T. (fdo.) MIRTZA ANGELICA FRANCESCHI DE AGUILERA (fdo.) RAFAEL A. GONZALEZ (fdo.) AURA EMERITA GUERRA DE VILLALAZ (fdo.) ARTURO HOYOS (fdo.) EDGARDO MOLINO MOLA (fdo.) CARLOS H. CUESTAS.

Solo transcribimos lo que a nuestro estudio corresponde, que es la Admisión de un Amparo de garantías Constitucionales (de caso entre particulares) donde no interviene una orden de hacer o no hacer emanada de una autoridad o funcionario público, que es haber admitido **contra legem y la Constitución Nacional**. Y es que, aunque el Juzgador no lo menciona, esta nota emitida estaba violando normas constitucionales o bien derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como el derecho a la educación, pero que por

dictarse por un particular y no un servidor publico como lo reglamenta nuestra Constitucion la Corte critica la conducta del Juzgador estableciendo literalmente que

desde el principio el Juez Primero del Circuito de Cocle actuo totalmente al margen de la Constitucion y la ley pues acogio una supuesta accion constitucional a todas luces improcedentes Ignoro el concepto y las características del Amparo de Garantias consagrado en el articulo 50 de la Carta Fundamental en concordancia con el articulo 2606 delCodigo Judicial pues no atendio a la calidad de SERVIDOR PUBLICO que se precisa en cuanto al sujeto pasivo contra quien procede este mecanismo de tutela establece en el Fallo in comento la Corte Suprema de Justicia decimononica que desnaturalizo el proposito del recurso restandole seriedad y certidumbre a la recta administracion de la justicia

Ciertamente cuando la norma constitucional es clara en cuanto a los requisitos de admisibilidad del Proceso Constitucional de Amparo no podia la Corte decir otra cosa Asi lo establece nuestro Profesor Heriberto Arauz que establece al hablar de los diferentes Amparos en cuanto a los Amparos de los particulares dice Panama tampoco tiene establecida en su Constitucion esta modalidad sin embargo otros paises si la reconocen desde hace años ejemplo de ello son Argentina Venezuela Colombia Paraguay Mexico Peru y Uruguay ((Arauz 2012)

Sin embargo la Dra Maria Cristina Chen Stanziola (2014) en Los Derechos Fundamentales en la Sociedad de la Informacion una propuesta para su proteccion en Panama establece que en primer lugar Panama es suscriptora de la Convencion Americana sobre Derechos Humanos y admitio la Competencia de la Corrte Interamericana de Derechos Humanos sin ningun tipo de reserva en

1990 establece que en los articulo 8 y 25 se consagra amparo interamericano una accion amplia y protectora de los derechos de los ciudadanos Y que ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velasquez Rodriguez señalo que el Estado tiene la responsabilidad de prevenir las violaciones de los derechos fundamentales **aunque provenga de un particular**

Desde el perfil constitucionalista de la Doctora Chen Stanziola señala que una interpretacion sistematica integrativa y extensiva de la Constitucion inspirada en el principio pro homine da como resultado que aun con el texto constitucional vigente se pueda proteger a un ciudadano por agresiones contra sus derechos fundamentales cometidas por particulares en situacion de poder

Insiste en que El propio preambulo de la Constitucion y sus articulos 17 y 54 establecen la alusion generica de los derechos fundamentales De lo contrario ¿Que sentido tendria una ampliacion del catalogo de los derechos fundamentales si permanecemos en una interpretacion restrictiva de sus garantias al aferrarse a una interpretacion literal? El Estado Constitucional de Derecho no puede darse ese lujo (Chen Stanziola 2014)

1 12 2 Fallo **de un Amparo del Pleno 2008**

Transcribiremos la introduccion de los razonamientos doctrinarios esbozados por el Magistrado Jeronimo Mejia en el Fallo de Amparo el 21 de agosto de 2008

ACCION DE AMPARO DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES
PRESENTADA POR EL LICDO GUILLERMO QUINTERO CASTAÑEDA EN
REPRESENTACION DE ROXANA ALEJANDRA CARCAMO ORTEGA

CONTRA LA ORDEN DE HACER CONTENIDA EN EL AUTO NO 3333 MP DE 21 DE FEBRERO DE 2005 DICTADA POR EL JUZGADO EJECUTOR DEL INSTITUTO PARA LA FORMACION APROVECHAMIENTO DE RECURSOS HUMANO (IFARHU) PONENTE JERONIMO E MEJIA E PANAMA VEINTIUNO (21) DE AGOSTO DE DOS MIL OCHO (2008)
VISTOS

La señora ALEJANDRA CARCAMO ORTEGA otorgo poder al licenciado GUILLERMO QUINTERO CASTAÑEDA para que formalizara en nombre y representacion de su padre el señor GILBERTO CARCAMO ASPRILLA amparo de derechos fundamentales contra el Auto N 3333 MP de 21 de febrero de 2005 proferido por el Juzgado Ejecutor del Instituto para la Formacion y Aprovechamiento de Recursos Humanos mediante el cual se libro mandamiento de pago contra este y otras personas a favor del IFARHU

Como se observa se trata de un amparo de derechos fundamentales que no ha sido propuesto por la persona contra la cual se dicto el Acto sino por un tercero en nombre de aquella en este caso por su hija tal y como lo revela el certificado de nacimiento que se aporta como prueba

El articulo 54 de la Constitucion Nacional es claro al permitir que cualquier persona pueda presentar un amparo contra un acto que viole los derechos y garantias fundamentales de otro La ocasion es propicia segun acordara el Pleno de esta Corporacion de Justicia para expresar algunas consideraciones respecto al amparo de derechos fundamentales a la luz de nuestro ordenamiento juridico Veamos

I De la necesidad de ampliar la proteccion de los derechos fundamentales frente a actos distintos de las ordenes de orden de hacer o de no hacer

Si bien el articulo 54 Constitucional señala que la accion de amparo procede contra una orden de hacer o de no hacer que viole derechos fundamentales establecidos en la Constitucion lo cierto es que existen justificadas razones juridicas previstas en nuestro ordenamiento que autorizan utilizar el concepto de Acto como objeto susceptible de impugnacion a traves de un amparo de derechos fundamentales

En efecto la evolucion del derecho al amparo implica la necesidad de abrir la puerta para la presentacion del amparo de derechos fundamentales contra cualquier Acto susceptible de lesionar afectar alterar restringir amenazar o menoscabar un derecho fundamental previsto no solamente en la Constitucion Nacional sino en los Convenios y Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panama y en la ley La Constitucion establece en el articulo 4 que La Republica de Panama acata las normas del Derecho Internacional Uno de esos instrumentos de Derecho Internacional que Panama esta obligada a acatar lo es la Convencion Americana sobre Derechos Humanos aprobada mediante Ley 15 de 28 de octubre de 1977 la cual en el articulo primero establece expresamente la obligacion que tiene Panama de cumplir lo pactado en el citado Tratado en los siguientes terminos

Artículo primero Obligación de respetar los derechos

1 Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (las negrillas y subrayas son nuestras)

De lo anterior se aprecia que Panamá está obligada no solo a respetar los derechos y libertades reconocidos en la citada Convención sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción

Uno de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que Panamá está obligada a respetar y a garantizar su libre y pleno ejercicio está consagrado en el artículo 25 que establece el amparo de derechos fundamentales en los siguientes términos

Artículo 25 Protección Judicial

1 Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución la ley o la presente Convención aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (las negrillas y subrayas son nuestras)

Como fácilmente se observa el precepto anterior se refiere al amparo de derechos fundamentales como un recurso sencillo rápido y efectivo al que tiene derecho toda persona para que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales (las negrillas y subrayas son nuestras)

Notese que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no hace referencia al concepto de orden de hacer o de no hacer sino al de acto que es un concepto mucho más amplio

Ahora bien al acatar la República de Panamá las normas del Derecho Internacional salta a la vista la imperiosa necesidad de que se adecue la interpretación del artículo 54 de la Constitución Nacional (que regula el amparo de derechos fundamentales) con el mandato que emana del artículo 25 de la aludida Convención

Ello es así además por las siguientes razones

1 Porque el literal a) del artículo 29 de la aludida Convención claramente establece lo siguiente

Artículo 29 Normas de interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de a) Permitir a alguno de los Estados Partes grupo o persona suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella (las negrillas son nuestras)

2 Porque el segundo parrafo del articulo 17 de la Constitucion Nacional claramente dispone que

Los derechos y garantias que consagra esta Constitucion deben considerarse como minimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad humana (las negrillas son nuestras)

3 Porque el literal b del numeral 2 del articulo 25 de la mencionada Convencion dispone que

Articulo 25 Proteccion Judicial

1 Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rapido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitucion la ley o la presente Convencion aun cuando tal violacion sea cometida por personas que actuen en ejercicio de sus funciones oficiales

2 Los Estados Partes se comprometen

a)

b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial (las negrillas y subrayas son nuestras)

Por todo lo anterior el articulo 54 de la Constitucion Nacional debe ser interpretado de manera sistematica con los articulos 4 y 17 de la Constitucion y con los articulos 1 25 y 29 de la Convencion Americana sobre Derechos Humanos porque esta ultima amplia el catalogo de derechos y garantias fundamentales previstos en nuestra Constitucion como minimos Y dicha ampliacion es permitida de manera expresa por el segundo parrafo del citado articulo 17 de la Constitucion Nacional introducido Mediante el Acto Legislativo N° 1 de 2004 cuando dispone que los derechos y garantias reconocidos en la Constitucion deben considerarse como minimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona

Asi las cosas resulta necesario ampliar del concepto de orden de hacer al concepto de Acto establecido en la Convencion Americana sobre Derechos Humanos de modo que no queden desprotegidos y sin posibilidad de acceder a la jurisdiccion constitucional de tutela judicial efectiva aquellas personas cuyos derechos fundamentales puedan verse afectados por una decision emanada de algun servidor publico que no revista las caracteristicas especificas de orden de hacer o de no hacer

II Una mirada al concepto de acto impugnabile a traves del amparo que se utiliza en paises de America Latina

El analisis del derecho comparado revela que Panama es el unico pais que tiene un concepto limitado sobre el acto que es susceptible de impugnacion mediante un amparo que lo deja rezagado respecto a otros ordenamientos juridicos de America Latina Es mas Panama es el unico

país de América Latina que utiliza el concepto de orden de hacer o de no hacer

En efecto en otras latitudes se pueden presentar amparo contra

1 Actos omisiones y hechos jurídicos emanados de las autoridades

Tal es el caso de Argentina Venezuela Uruguay

2 Actos u omisiones que emanen de las autoridades como ocurre en Bolivia Chile Colombia Ecuador El Salvador Nicaragua y Paraguay

3 Actos de autoridades como acontece en Guatemala y Honduras

4 **Actos emanados de particulares, como ocurre en Argentina, Colombia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela**

5 Actos contra normas jurídicas como tiene lugar en México Perú Costa Rica

Lo expresado solo tiene el propósito de revelar la necesidad insoslayable de utilizar las herramientas jurídicas que permiten adecuar y por ende ampliar el sistema de protección judicial de los derechos fundamentales

III Límites o presupuestos que condicionan el amparo de derechos fundamentales

Es importante puntualizar que nada de lo antes expuesto implica que no existan presupuestos que deben cumplirse para la procedencia de la acción de amparo de derechos fundamentales En ese sentido el Pleno observa que para que se examinen en sede de amparo las posibles vulneraciones de los derechos constitucionales es necesario que

1 Que exista gravedad e inminencia del daño Esto implica que por regla general no deben haber transcurrido más de tres meses entre el momento en que se le notificó o tuvo conocimiento el amparista del acto impugnado y la presentación del amparo

2 Que no sea manifiestamente improcedente Lo anterior implica que el acto impugnado debe presentar al menos la apariencia de vulnerar o lesionar derechos fundamentales tutelados por la Constitución que por la gravedad e inminencia del daño que representa requiere una revocación inmediata Esto implica que en el amparo no se puede discutir temas de estricta legalidad sino la vulneración de derechos fundamentales potencialmente afectados

3 Que en los casos de resoluciones judiciales se haya agotado los recursos ordinarios para la impugnación del acto salvo que la vulneración de los derechos fundamentales sea de tal gravedad o flagrancia que la no admisión del amparo permita que se ocasione un daño imposible o muy difícil de reparar

Debe recordarse que el amparo de derechos fundamentales no es una institución ordinaria y por esta vía solo es posible verificar trámites o revisar procedimientos en la medida que impliquen la vulneración de disposiciones constitucionales que consagren derechos fundamentales que hayan podido violentarse con el acto impugnado

D En cuanto a la Supremacía y vigencia efectiva de la Constitución y de la realización del Estado de Derecho mediante la efectiva y eficaz

proteccion de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y en la ley

Sin animos de filosofar sobre la importancia que tienen los derechos fundamentales en un Estado de Derecho es necesario destacar que a traves de la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales se garantiza y asegura la vigencia de la Constitucion y del Estado de Derecho

En efecto la Constitucion reconoce (no otorga) una serie de derechos fundamentales que incluso se encuentran ampliados y complementados en Convenciones Internacionales sobre derechos humanos La vigencia de tales derechos que solo tiene lugar cuando existe un sistema de proteccion judicial que los tutele efectivamente es lo que permite que la normatividad de la constitucion tenga vigencia con lo cual se asegura el mantenimiento de la supremacia constitucional y se preserva el Estado de Derecho

El sistema de proteccion no consiste exclusivamente en la incorporacion al ordenamiento juridico de normas dirigidas a garantizar el reconocimiento y la vigencia de los derechos fundamentales

La tutela judicial efectiva se consigue cuando se logra el reconocimiento de los derechos fundamentales establecidos en la Constitucion en los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panama y en las leyes de manera que los mismos puedan ser restaurados cuando han sido lesionado

Por ello un sistema de proteccion judicial de derechos fundamentales que no sea capaz de tutelarlos efectivamente hace ilusorios tales derechos y esta lejos de contribuir a la consolidacion y preservacion de un verdadero Estado de Derecho

Finalmente es importante señalar que los derechos fundamentales tutelables a traves de un amparo pueden estar reconocidos en la Constitucion en los Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panama o en la ley tal y como sabiamente lo establece el articulo 25 de la Convencion Americana sobre Derechos Humanos

V El amparo de garantias fundamentales como accion constitucional efectiva

La Constitucion reconoce una serie de derechos y garantias fundamentales de diversas naturalezas individuales sociales ambientales colectivos Tales derechos pueden ser tutelados a traves de diversas acciones entre las cuales estan el habeas corpus el amparo derechos fundamentales el habeas data y la accion de inconstitucionalidad segun sea la naturaleza del derecho a tutelar Todas ellas integran la jurisdiccion constitucional de la libertad o la jurisdiccion mediante la cual se tutelan las libertades fundamentales Desde luego

algunas de estas acciones tambien pretenden garantizar la Supremacia de la Constitucion preservar su integridad y garantizar el respeto al orden juridico constitucional Todo lo anterior se consigue a traves de la accion de inconstitucionalidad de la advertencia de inconstitucionalidad y del procedimiento de inexequebilidad de los proyectos de leyes

Entre las acciones constitucionales destacadas merece atencion en el negocio que nos ocupa la relacionada con el amparo de derechos fundamentales que se encuentra regulado en el articulo 54 constitucional y complementado en el articulo 25 de la Convencion Americana sobre Derechos Humanos

Pues bien la lectura atenta del articulo 54 constitucional y del articulo 25 de la Convencion Americana sobre Derechos Humanos revela que el amparo de derechos fundamentales se ha regulado en forma tal que pretende ser tenido como una accion constitucional de tutela efectiva Veamos lo que la interpretacion sistematica de los dos articulos anteriores revela

1 Que toda persona contra la cual un servidor publico expida un acto que viole algun derecho o garantia fundamental establecido en la Constitucion la Convencion Americana sobre Derechos Humanos y la ley

2 tendra derecho a que el acto sea revocado a peticion suya o de cualquier persona

3 Mediante el ejercicio de un recurso sencillo rapido y efectivo que la ampare y

4 Que sea de conocimiento de los tribunales judiciales

Note-se que la manera en que el amparo es establecido en ambos instrumentos demuestra que la accion de tutela es auto aplicativa quedando solamente pendiente de regulacion legal el establecimiento de los tribunales competentes y el establecimiento del procedimiento sumario que como tal debe ser rapido sencillo y efectivo Lo importante en todo esto es que con la mirada puesta en la Constitucion y en la Convencion Americana sobre Derechos Humanos tenemos las bases solidas de un sistema de proteccion de derechos y garantias fundamentales

Hemos querido adjuntar la fundamentacion del fallo y el que dos de sus Magistrados disienten de la posicion del razonamiento vertido por el Magistrado ponente exponiendo sus salvamentos de voto Sin embargo es el inicio tanto del reconocimiento de una norma constitucional es importante

para que la tendencia empiece a cambiar en pleno siglo XXI en el que nosotros somos uno de los pocos países que no admiten ni el amparo

Vemos como el Magistrado sustentador a través de este Fallo primeramente doctrinal ha querido ampliar lo que efectuó el Doctor Moscote en el año 1941 con ese artículo 17 sin embargo le facilitaba las cosas la reforma establecida en el 2004 para efectuar el examen tanto doctrinal como legislativo que de alguna manera estableciera un parámetro de doctrina constitucional en tanto para el artículo 54 de la Constitución Nacional como también para reconocer la Constitucionalización del Derecho Civil en nuestro país que presenta un retraso en cuanto a la Eficacia y Validez de las normas constitucionales de manera directa en las relaciones jurídicas entre los particulares

El problema persiste no permitimos es decir no contamos con un recurso de tutela efectiva para que se nos protejan derechos constitucionales por la vía del Amparo como medio de tutela efectiva sin embargo a pesar de que las posiciones doctrinales y jurisprudenciales han manifestado la intención de aplicar la eficacia horizontal por medio de los métodos de los instrumentos jurídicos diferentes creemos que mediante un gigantismo normativo con que contamos no llena las lagunas y los vacíos jurídicos como dice el Doctor Juan Camilo Salas tenemos tantas leyes de más eficacia y más seguridad jurídica y con esto solo nos hemos llenado de más inaplicabilidad y de más conflictos y normas más ineficaces por ello con las posiciones que desarrolló el

estadounidense Dworkin frente a los planteamientos de su Profesor Hart en cuanto a la solución de conflictos o para aquellos casos difíciles se aplicarían fuentes distintas a la ley (exegetica) y las tres posiciones de Robert Alexy para aplicar las tesis tanto de la Drittwirkung ya sea directa o indirecta pasaremos al Segundo Capítulo para desarrollarlas. Es por medio de los principios generales del Derecho que podemos volver a pensar en el único ser que crea este derecho para regular la vida en sociedad y no para que ese mismo derecho se le convierta en un problema o en un robot que después de creado no lo puedo controlar.

CAPITULO II

CAPITULO II ESCENARIO DEL POSITIVISMO JURIDICO HACIA LA NOMOARQUICA PARA LA APLICACION DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN LAS RELACIONES JURIDICO PRIVADAS

En la medida en que se aplico una norma constitucional de derecho individual libertad de expresion en un caso entre particulares es decir la Sentencia del Caso Luth en 1958 se desato una caja de pandora que segun la doctrina impone que se interpretan las normas de acuerdo a la Constitucion o de forma hermeneutica por la irradiacion de las normas constitucionales en todo el ordenamiento juridico modelo que aun se analiza pero podemos optar para que se apliquen de forma directa las normas constitucionales en esas relaciones juridico privadas Cambiandose entonces los postulados del positivismo juridico por un nuevo paradigma que se ha denominado Constitucionalizacion del Derecho Civil mediante dos tesis La primera que fue la utilizada por los germanos en el Caso Luth de Aplicacion indirecta o mediata o la que surgio de otras jurisprudencias que es la Aplicacion Directa Sin embargo en medio de ellas surge la teoria de Shawe que determina que no existe un problema de la Drittwirkung der Gruenchte ya que los derechos constitucionales se vulneran o se dejan de utilizar por el juzgador que resuelve la controversia y no por los sujetos privados que se encuentran en ella

2.1 Los Postulados del Positivismo Juridico y la Tesis de la Aplicacion Indirecta o Mediata

Como mencionamos en lineas anteriores la Teoria de la Aplicacion Directa viene a reformular o modificar el paradigma de la aplicacion e interpretacion que

nos diseña el Positivismo Jurídico. La teoría opuesta al iusnaturalismo es la doctrina que reduce la justicia a la validez. Mientras que para el iusnaturalismo clásico tiene deberia mejor decir deberia tener valor de orden solo lo que es justo para la doctrina opuesta es justo solo lo que es ordenado y por el hecho de ser ordenado. (Bobbio N. Teoría General del Derecho 2007)

Bobbio en su obra El problema del positivismo jurídico (como se citó en Medinaceli 2013) imprime que el Positivismo jurídico puede caracterizarse por tres aspectos diferentes

positivismo jurídico como metodología o como un modo de acercarse al estudio del derecho; positivismo jurídico como teoría o como un modo de entender el derecho; y positivismo jurídico como ideología o como una determinada ideología de la justicia.¹ Desde el primer aspecto se trata de delimitar el objeto de investigación asumiéndose frente al derecho una actitud avalorativa u objetiva o éticamente neutral, partiendo del presupuesto que el objeto de la ciencia jurídica es del derecho positivo entendido como aquel complejo de reglas emanadas de determinados órganos según procedimientos establecidos. En síntesis, esta tesis se resume en el postulado de la separación entre Derecho y moral.² A partir del segundo aspecto se entiende al positivismo jurídico como aquella concepción particular del derecho que vincula al fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción. EL Estado. Esta teoría es la toma de conciencia de la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado, proponiendo que el método tradicional del jurista, que surge contra la libre valoración de los intereses por parte del juez, está caracterizado por tres principios: **toda decisión judicial presupone siempre una regla preexistente, esta es siempre dada por el Estado, y el complejo de reglas suponen una unidad.** Al mismo tiempo esta concepción estatal del derecho se vincula a algunas teorías: i) con la teoría de la fuerza, en cuanto el derecho se aplica solo con el auxilio de una fuerza reglamentada; ii) con la teoría imperativa, donde las normas como mandatos están dirigidas a la conducta de las personas; iii) con la teoría de las fuentes del derecho, donde se reconoce la supremacía de la ley; iv) con la teoría sistemática del derecho, que considera al ordenamiento autosuficiente sin la presencia de lagunas ni antinomias; y v) con la teoría de la interpretación que reduce la actividad del intérprete a un

desarrollo logico para la aplicacion del derecho 3 Por ultimo el tercer aspecto representa la creencia en ciertos valores y sobre la base de esta creencia confiere al derecho que es por el solo hecho de existir un valor positivo prescindiendo de toda consideracion acerca de su correspondencia con el derecho ideal (El sombreado es nuestro)

No podemos dejar de mencionar una faccion del Positivismo Juridico de Hans Kelsen que separa el derecho de la moral queriendo hacer del derecho una ciencia fruto de la razon (Chen Stanziola Los derechos fundamentales en la sociedad de la informacion Una propuesta para su proteccion en Panama 2014)

Kelsen agrega Chen Stanziola el derecho es un sistema de normas que forman un todo coherente y se categorizan desde un estado superior a otro inferior Concibio la existencia de una norma fundamental a la que llamo Grundnorm de la que dependian la validez y juridicidad de las normas inferiores (Chen Stanziola 2014 pag 121)

Con el constitucionalismo se reforman tales conceptos a tal punto que el efecto de irradiacion de las normas constitucionales vistas como normas y no programa que necesite desarrollo por el legislador sobre las normas inferiores trae consecuencias en dice Alexy citado por Medinaceli 2013 la aplicacion del derecho esto se muestra en la omnipresencia de la maxima de proporcionalidad y su tendencia insita a reemplazar la subsuncion clasica bajo reglas juridicas por una ponderacion segun valores y principios constitucionales De ese modo señala que los rasgos esenciales de este constitucionalismo serian los siguientes **valor en vez de normas ponderacion en vez de subsuncion, omnipresencia de la**

Constitucion en vez de independencia del Derecho ordinario, omnipotencia judicial apoyada en la Constitucion en lugar de autonomia del legislador democratico dentro del marco de la Constitucion (El sombreado es nuestro)

Resalta el Magister Medinaceli que enfrenta el positivismo juridico con el constitucionalismo frente a los aspectos mencionados por Norberto Bobbio que en cuanto a lo

- a) Ideologico el constitucionalismo pretende rebatir al positivismo refiriendo que la norma o la decision ya no son validas por el simple hecho de provenir de una autoridad legitima pues antes debe seguir en congruencia el conjunto de principios y reglas constitucionales
- b) Metodologico el constitucionalismo incita a desarticular la tesis de la separacion entre Derecho y Moral alega que la materializacion de los textos constitucionales supone la juridificacion o positivizacion de una etica que se rige así en criterio de validez así las normas deben ser congruentes con principios y valores que son morales y juridicos a un tiempo ¹⁰
- c) Campo teorico señala **Medinaceli** que desde el campo teorico el positivismo con respecto a la concepcion de la norma juridica es bien sabido que considera que eran aplicables solamente aquellas normas que dentro *su estructura interna registraban* un supuesto de hecho y

sabido que considera que eran aplicables solamente aquellas normas que dentro *su estructura interna registraban* un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (teoría de la norma) En este sentido la ley por ser propia de este tipo de estructura era considerada la fuente primordial del Derecho (teoría del sistema de fuentes) reduciéndose la tarea de los jueces a una autónoma aplicación de las normas mediante la subsunción con apenas la mínima posibilidad de interpretar una definición del supuesto de hecho ya contenido en la norma (teoría de la interpretación)

- d) En síntesis culmina estableciendo una premisa que consideramos fundamental en el planteamiento de la aplicación directa estableciendo que el constitucionalismo pretende rebatir al positivismo jurídico con este conjunto de tesis y entre sus postulados encontramos la afirmación de que la **Constitución es norma jurídica y como consecuencia, sus normas es decir, tanto las reglas como los principios son de aplicación directa (El sombreado y subrayado es nuestro)** (Medinaceli Rojas 2013)

Estudiaremos ahora la primera fórmula jurisprudencial de aplicación de las normas constitucionales en las relaciones jurídico privadas o de los particulares viene a ser la Indirecta o Mediata **Esta Tesis de la Aplicación Indirecta o Mediata, de los derechos constitucionales en las relaciones jurídico privadas** representada por Gunter Durig (Mendoza Escalante 2008) quien sustenta que los derechos fundamentales o principios constitucionales deben

ser desarrollados por la ley deben interpretarse en la forma en la que el legislador ha deparado su contenido alcances y límites. También estos principios constitucionalizados () serían necesarios puntos de partida para la interpretación de la legalidad ordinaria tendrían una eficacia interpretativa

Y es que Durig sustenta como lo fue en el caso de Luth la legalidad debería ser interpretada conforme al sentido de aquellos. De otra parte serían los conceptos abiertos y las cláusulas generales del derecho civil enunciadas en los artículos 138, 242 y 826 del Código Civil Alemán como especie de puntos de penetración (*Einbruchstellen*) a través de los cuales los derechos fundamentales ejercerían influjo en el derecho privado (Durig, Gunter citado por Mijail, p. 223)

En ese sentido sostiene Saraza que para esta teoría los derechos fundamentales obligan a los particulares en sus relaciones privadas pero solo indirectamente como decisiones valorativas objetivas que se proyectan sobre el conjunto del ordenamiento y en esa medida vinculan al legislador y al juez (Saraza Jimena, 2008, pag. 107)

La sostenibilidad de esta teoría está basada, agrega Saraza, en dos ideas fuerza que han de ser preservadas frente a la proyección horizontal de derechos fundamentales: la protección del principio de la autonomía de la voluntad como rector de las relaciones entre particulares y la defensa de la independencia del Derecho Privado frente al Derecho Constitucional.

Para Bilbao Ubillos la tesis de la *Drittwirkung* mediata es el juez en el desarrollo de su función jurisdiccional, el vehículo a través del cual se concreta esa incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho Privado.

En esta Teoría son observadas dos vías por las que los derechos fundamentales inciden en el Derecho Privado señalan Saraza en su tesis doctoral ya citada

La primera sería la acción del legislador a través de las leyes que los Parlamentos democráticos elaboran tomando en consideración los valores objetivos que esos derechos fundamentales representan. La ley es el medio óptimo para conjugar en este ámbito los derechos fundamentales y la autonomía privada.

La segunda sería la actuación de los jueces y tribunales al interpretar y aplicar el Derecho teniendo en cuenta los valores que los derechos fundamentales encarna. Los jueces no declaran derechos subjetivos fundamentales en las relaciones privadas sino que tienen en cuenta los valores que estos representan para la interpretación del Derecho privado. Los conceptos indeterminados que suponen las cláusulas generales a que antes se ha hecho referencia (buena fe, buenas costumbres, moral, orden público) han de ser entendidos desde el punto de vista de esos valores presente en los derechos fundamentales.

El ecuatoriano Gustavo Medinaceli Rojas en Aplicación directa de la Constitución. Esto significa que la Constitución encuentra aplicabilidad no solo en su directa aplicación sino también por medio de la aplicación de normas infraconstitucionales expresadas en leyes y reglamentos entre otros. Por ello el primer instrumento de aplicación de la Constitución puede ser definidos con los actos jurídicos concretos que se respaldan en determinadas reglas jurídicas o principios que se encuentran positivizados en normas infraconstitucionales que al mismo tiempo deberán guardar perfecta armonía con reglas y principios establecidos en las normas constitucionales resguardando de esa manera la supremacía de estas sobre aquellas (Medinaceli Rojas 2013)

2 1 1 La Posicion del Fallo Luth, el Origen

En el caso del demandado Luth se aplico una norma sustantiva del Codigo Civil Aleman el articulo 826 para ser exactos por el Juez ordinario que establece que Quien de modo contrario a las buenas costumbres causa daños dolosamente a otro esta obligado a la reparacion del daño Pero Luth interpone un Recurso de Amparo que señala que el acto que se consideraba como ilícito civil no era tal porque a su juicio constituia el ejercicio de la libertad de expresion Por lo que sustenta el Tribunal que fue citado en el Capitulo I textualmente reconoce la concepcion indirecta de forma literal en estas lineas

Este sistema de valores (los derechos fundamentales) que halla en el libre desenvolvimiento de la personalidad y la dignidad su centro dentro de la comunidad social debe regir como decision constitucional fundamental para todos los ambitos del derecho la legislacion la administracion y la jurisdiccion recibe de el directrices e impulso Asi tambien influye evidentemente en el derecho civil no puede haber ninguna prescripcion de derecho civil en contradiccion con el todas tienen que interpretarse conforme a su espiritu (Fallo Luth)

En ese sentido comenta el citado Mijail Mendoza sobre este fallo que El derecho fundamental desenvolveria una funcion diferente respecto al legislador como respecto del juez En el primer caso impondrian la obligacion de legislar dentro del marco de la Constitucion en particular de conformidad con los derechos fundamentales (Mendoza Escalante 2008) Y por otro parte señala En el segundo estos tendrian una funcion interpretativa que a su vez se desplegaria en dos formas

- Como factores de interpretacion del derecho privado desde o dentro del espiritu de los derechos fundamentales y por otra parte
- A traves de las clausulas generales y los conceptos juridicos abiertos (Mendoza Escalante 2008)

Si hay un aspecto que coinciden todos los que defienden la tesis indirecta o la drittwirkung mediata es que reconocer el significado objetivos de los derechos fundamentales una dimension que ha sido resaltada por la teoria de los valores (Wertheorie) (Saraza Jimena 2008 pag 110) Señala Saraza citando a Christian STARCK (*Derechos Fundamentales y Derecho Privado cit Pag 74*) que los derechos fundamentales en su conjunto se conciben como un sistema de valores expresion de una determinada conciencia de la dignidad humana que pretende tener vigencia en todas las esferas del ordenamiento y servir de inspiracion al legislador y al juez en materia civil Ahora bien el Dr Saraza señala que esta concepcion es llevada a limites extremos influenciados en exceso por concepciones iusnaturalistas Strack afirma que aun cuando en el trafico juridico entre particulares deben ser respetados la vida la salud el honor y la propiedad esto no es una consecuencia de una vinculacion inmediata de todos los ciudadanos a los derechos fundamentales que se ha concretado en la ley sino de las reglas de la convivencia recibidas sobre las que tambien se fundamentan los derechos fundamentales (Sierra Gutierrez 2011)

2 1 2 Eje central de la Tesis de aplicacion indirecta de los derechos constitucionales en las relaciones juridicas de los particulares

El nucleo esencial de esta teoria se encuentra en colocar en el centro del derecho la dignidad humana y por tanto toda la integridad del sistema juridico debe funcionar en el sentido de la realizacion plena de esa esencialidad que en el campo del derecho privado actua a traves de las clausulas como la de buena fe buenas costumbres orden publico etc Por ello los derechos fundamentales obran entre los particulares de manera indirecta o mediata en el cual se debe respetar características propias de dicho espacio y que igualmente son reflejo del desarrollo digno del hombre la autonomia privada (Sierra Gutierrez 2011)

2 1 3 Opositores de la Tesis de la Aplicacion indirecta

Los opositores o detractores de la Tesis de aplicacion indirecta o eficacia mediata solo se limitan a criticar el caso en marras es decir el Caso Luth

Nippperdy admitiendo el acierto del reconocimiento del efecto de irradiacion de los derechos fundamentales en el trafico juridico privado critico la tesis de la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares mantenida por el Tribunal Constitucional Federal en la sentencia del caso Luth por desconocer el efecto normativo directo de los derechos fundamentales sobre el Derecho Privado y exigir la presencia de normas de Derecho imperativo o de clausulas generales como puntos de infiltracion (Saraza Jimena 2008 pag 153)

La sentencia Luth tambien es criticado por los autores QUADRA SALCEDO FERNANDEZ DEL CASTILLO en El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (Quadra Salcedo Fernandez del Castillo en Saraza Pag 117) primeramente establece que la mencionada

sentencia evita afirmar que el señor Luth ejerza un derecho fundamental a la libertad de expresion. Lo que dice el Tribunal Constitucional aleman es que el paragrafo 826 del Codigo Civil aleman BGB ha quedado modificado por la Constitucion ¹¹ Y En segundo lugar sostienen que el Tribunal Constitucional Federal anula una sentencia que segun el no viola un derecho fundamental del señor Luth (pues este no era titular de derechos fundamentales en el seno de la relacion juridico privada que era objeto del enjuiciamiento del organo judicial sino la interpretacion del derecho objetivo cuando el Verfassungsbeschwerde (equivalente a nuestro recurso de amparo constitucional) solo se concede a quien ha visto violado uno de sus derechos fundamentales (Saraza Jimena 2008 pag 117)

2.1.4 Otras teorías Desprendidas de la Aplicación Indirecta

Se le llama en Aleman Schutzpflicht o deber de proteccion tambien denominada imperativos de tutela mandatos de proteccion (Saraza Jimena 2008) y señala que las normas constitucionales que los enuncian como tales y por si solas no se vincularian en estas sino la ley que para proteger esos derechos ha sido establecida por el legislador justamente en cumplimiento del denominado deber de proteccion (Saraza Jimena 2008)

Mendoza Escalante menciona que autores como Ruffert y Stern vinculan esta teoria del Deber de proteccion del Estado con la teoria de la aplicacion

¹¹ Entiende QUADRA SALCEDO Y FERNANDEZ DEL CASTILLO que la transformacion de los derechos fundamentales en valores y principios objetivos de los que nadie es titular dejando de configurarse como derechos subjetivos perfectamente delimitables u oponibles frente a todos supone una degradacion de los derechos fundamentales

indirecta pues contribuye a precisar y asegurar dogmáticamente la eficacia indirecta de los derechos fundamentales Stern dice Mendoza Escalante que la diferencia entre el deber de protección y la eficacia indirecta termine por ser meramente terminológica y que a ello conducirían variadas razones (Stern citado en (Mendoza Escalante 2008)

Tanto los constitucionalistas Christian Starck como los civilistas Claus Wilhem Canaris fueron los que lideraron el planteamiento de esta tesis señalando que el Estado debe proteger los derechos fundamentales de las personas ante eventuales afectaciones provenientes de otros particulares a través de la legislación reguladora del derecho privado y a través de los jueces competentes en derecho privado (Mendoza Escalante 2008 pag 226)

Cita Mendoza a Canaris quien contempla que si en una controversia jurídica privada el juez inobservara derechos fundamentales de las partes se habría producido una situación de omisión del cumplimiento del deber de protección por parte del Estado (Mendoza Escalante 2008 pag 227)

Es en un caso citado Binkfuer en Sentencia de 26 de febrero de 1969 que el Tribunal Constitucional Alemán que se sirve de esta teoría para resolverlo Stern dice que no se acogió al Deber de Protección sin embargo Canaris en (1999) dice que sostienen la teoría que ha sido bautizada como del deber de protección del Estado y su núcleo argumentativo se encuentra en que siendo un deber del Estado proteger los derechos fundamentales de las personas ante la intromisión proveniente de otro particular mediante la aplicación de legislación reguladora del derecho privado y de jueces competentes en dicho derecho es a él a quien le

corresponde proceder a subsanar tal desconocimiento restableciendo el equilibrio social (Sierra Gutierrez 2011)

Ruffert cita Mendoza Escalante señala por su parte que en la Sentencia del 6 de febrero de 2001 donde se la menciona expresamente para resolver una controversia de naturaleza jurídico privada Se trata del caso de renuncia de pensión alimenticia p 232 El Tribunal estima el recurso de amparo considerando que el Tribunal Superior de Justicia en la sentencia objeto de amparo ha desconocido () el deber de protección (Schutzpflicht) derivado del artículo 2 párrafo 1 en concordancia con el artículo 6 párrafo 4 de la Ley Fundamental (cursiva nuestra) De sumo interés resulta el argumento que elabora respecto al deber de protección del órgano judicial p 233

Los derechos fundamentales desenvuelven su eficacia en el tráfico jurídico privado como decisiones valorativas constitucionales por medio de las disposiciones que dominan inmediatamente las respectivas ramas del derecho así sobre todo a través de las cláusulas generales del derecho civil () En esa medida también el Estado tiene que proteger (zu schützen) los derechos fundamentales de los individuos y preservarlos ante lesiones de los demás () Esta obligado a los Tribunales el garantizar esta protección de derecho fundamental (*grundrechtlichen Schutz*) a través de la interpretación y aplicación del derecho y concretizar en el caso particular A sus juicios y ponderaciones sobre las posiciones de derechos fundamentales en su relación entre sí el Tribunal Constitucional Federal puede oponerse solo si la decisión impugnada manifiesta errores de interpretación que se basan en una concepción injusta de derecho fundamental sobre el significado de un derecho fundamental en especial sobre el alcance de su ámbito de protección y que son también de importancia en su significado material para el caso jurídico (BVerfGE 103 89

2.2 Posturas Contrarias en la Tesis de Shawe –del Problema Aparente y la Tesis de Lombardi

Antes de las tesis de la Crisis de Shawe ya había posturas en la doctrina que negaban la incidencia de las normas constitucionales en las relaciones privadas o los derechos humanos constitucionalizados en las relaciones de tráfico jurídico privado en el cual se consideraban las concepciones de dos grupos. Un grupo que resulta integrado por dos vertientes señala Sierra Gutierrez

a) Quienes desde el punto de vista ideológico niegan toda validez a la teoría de los derechos fundamentales y de paso a su efecto entre particulares p 122

En este subgrupo se menciona a Bentham (1990) quien expone su rechazo a los derechos humanos manifestando que estos eran medios de defensa del status quo por parte de los opositores a las reformas económicas necesarias para promover el bienestar general

Así el prologuista del texto de Bentham expresa

Los derechos fundamentales segundo principio estructural del Estado constitucional constituyen para Bentham simple nonsense cuando se construyen como derechos naturales. De ahí la crítica demoledora a la Declaración de 1789 contenida en *Anarchical Fallacies* cuyas proclamaciones retóricas y vacías de contenido son sustituidas por concretas y positivas securities que ofrecen una garantía eficaz frente al gobierno tiránico y una salvaguarda de la libertad política si bien Bentham no niega que en el pasado los derechos naturales hayan sido usados para atacar al absolutismo (Bentham 1990 pag xxvii) (Sierra Gutierrez 2011 pag 122)

Igual posición mantienen los socialistas marxistas quienes obviamente por defender el proletariado en plena la oposición a la burguesía consideraban que los derechos humanos eran producto de ellos por un interés de clase y cita Sierra Gutierrez p 123 que Marx (1994) considera

que la teoria de los derechos humanos del que bebe la concepcion de los derechos fundamentales actuales no es otra cosa que la ideologia a traves de la cual la burguesia se arropo para ocultar su interes en su lucha contra el absolutismo feudal

Afirma el mismo Sierra Gutierrez en el mismo orden de ideas los de extrema derecha la corriente comunitarista niegan la teoria ontologica de los derechos humanos y que la unica cultura y moral posible de existir y ser efectivamente constitucionalizada es la que se genera en la comunidad concreta y no la pensada en terminos universales su exponente es Macintyre (2001) quien jocosamente establece que

“creer en los derechos humanos es como poner fe en brujas y unicornios (P 289) ello dado a consideracion en que cada comunidad cada pueblo tiene su propia moral y por tanto es imposible pensar en una nocion objetiva y universal de los derechos humanos No es posible una sola moral cuando la realidad demuestra con elemental objetividad que no es preciso obtener un criterio unico de etica (Sierra Gutierrez 2011 pag 123)

En cuanto a los planteamientos juridicos encontramos el rechazo de los derechos humanos en el positivismo de Kelsen quien obviamente separa la moral del derecho y en cuanto al realismo juridico se concreta en el pensamiento del norteamericano Ross

y b) El segundo grupo que admitiendo los derechos fundamentales como orientadores y limites al sistema juridico sostienen que su ambito se restringe a

las relaciones Estado particulares Y en este grupo Sierra Gutierrez p 123
señala que este grupo

acoge los derechos fundamentales como una realidad jurídico político pero restringen su ambito a la relacion Estado – ciudadano y no con alcance entre los particulares porque consideran esta idea una posicion que va en contravia de la naturaleza de tales derechos ademas innecesario

El ataque mas directo de este grupo proviene de la posicion de E Forsthoff (1975) quien expresa entre otras cosas

En los derechos fundamentales se expresa el reparto entre libertad individual y ambito de actuacion soberana del Estado y la libertad significa distanciamiento del individuo frente al Estado La Constitucion no es un supermercado donde se puede satisfacer todos los deseos (p 250)

Mas adelante el mismo autor expresa

Mediante el desarrollo técnico social la red de relaciones y entramados supra individuales se han hecho cada vez espesa con lo que la libertad de movimientos en la esfera social se ha estrechado también progresivamente para el individuo pero los derechos fundamentales no ofrecen ninguna protección contra ese estado de cosas porque las transformaciones sociales indicadas no afectan a la libertad en cuanto tal sino que se limitan a las condiciones de su ejercicio (p 261)

2 2 1 Teoria de Shawe

Por la ubicacion en que hemos colocado esta teoria estamos convencidos que se preguntaran por que? si primero debimos estudiar la aplicacion directa y despues tratar las tesis opuestas a la drittwirkung der gruenchte esto es necesario explicar a diferencia de las tesis que negaban la incidencia de las relaciones entre los derechos humanos constitucionalizados y el derecho privado la tesis de Shawe surge como critica a la tesis indirecta o mediata Shawe establece que es

un problema aparente de la misma teoría la de la Eficacia indirecta de los derechos constitucionales en las relaciones privadas por ello la ubicación del estudio de la Teoría de Shawe es la adecuada

Surge la teoría o una propuesta conceptual del compilador Jürgen Shawe (1973) que declara la no existencia de la aplicación de las normas constitucionales en las relaciones privadas

Su tesis sostiene pues que solo entre el Estado frente al particular se produce la exigencia de los derechos constitucionales ya denominados fundamentales

2.2.1.1 La Probabilidad No Existencia de la Drittwirkung der Grundrechte

Mijail Mendoza cita en su trabajo de referencia para su tesis doctoral una teoría sin referencias anteriores que es la de Jürgen Schwabe establece que lo de la drittwirkung directa o indirecta solo es un problema aparente que no existe porque un conflicto entre dos titulares de derechos fundamentales no se produciría propiamente un nuevo ámbito de proyección (el privado) de efectos normativos de los dichos derechos sino solo un conflicto entre Estado y particular porque al ser resuelto siempre por el Poder Judicial la afectación del derecho fundamental que supondría dicho conflicto será imputable al Estado en la medida que la autoridad judicial forma parte de este Consistiría una forma nueva de plantearse el problema (Barrios González 2012) En sus consideraciones resalta que la mentada eficacia solo sería ante los derechos de libertad y no ante los derechos de igualdad que en lo fundamental no desplegarían ningún efecto en los niveles del derecho privado (Mendoza Escalante 2008) En el

pensamiento de Schwabe lo que circunda es que la vinculacion de los derechos fundamentales se produce a traves del Estado. El anuda dice Mendoza Escalante el asunto a la responsabilidad del Estado para con las leyes del derecho civil y las decisiones judiciales en esa materia p 226

Un comentarista de esta tesis citado por Mendoza Escalante en el analisis de la tesis de Schwabe Ruffert el centro de atencion de esta tesis no se halla en la obligacion o la carga de los particulares en base a los derechos fundamentales sino la vinculacion de las instancias judiciales a los derechos fundamentales (p 226). Para Jurgen Schawe el unico destinatario de los derechos fundamentales es el Estado y no se vinculan en las relaciones juridico privadas

2.2.2 La Concepcion del Lombardi

Sierra Gutierrez (Sierra Gutierrez 2011) cita otra tesis opuesta en el autor

Lombardi (1999) expresa que el mundo de hoy pone de presente en el campo del derecho privado grandes diferencias entre los sujetos negociales. Por un lado un ente poderoso que impone las condiciones y que cuenta con capacidad economica y politica para resistir las duras circunstancias del mercado y que muchas veces son generadas por el mismo y otro que podriamos llamar debiles que no esta en condiciones y pie de igualdad quien se encuentra en graves riesgos de ser desconocido en sus derechos al momento de entrar en relaciones con el sector poderoso. Por ello no es admisible la diferencia que se ha querido sostener entre las relaciones Estado particulares y las entre solo particulares.

Sin embargo tal aplicacion tampoco es mecanica sino que el autor (Lombardi 1990 pag 83) la matiza de la siguiente forma. De un lado las características del poder privado deben ser tales que permitan reconocer en ellas un relieve publicitario por así decirlo de posición es decir que el poder privado asuma frente a todos los que están en contacto con él una posición de relevancia social y en consecuencia una incidencia pública cuya principal manifestación es una nota de supremacía que asegura el

poder privado una mayor libertad respecto de su contra parte y entonces pone a esta ultima en una posicion tipica de sujecion respecto al primero p125

No consideramos esta concepcion de la situacion actual como una tesis sino mas bien una comparacion entre lo que antes se concibio como el unico posible personaje a quien exigirle respetar los derechos fundamentales o ante quien solo eran oponibles es decir el Estado Hoy esto no es que haya cambiado sin embargo existen ciertos sujetos en el ambito privado han llegado a tener muchas veces con tal poder o tal grado economico que pueden facilmente vulnerar los derechos humanos constitucionalizados en sus relaciones juridico privadas Hoy eso acarrea no solo la necesidad de que se regeneren las formulas de resolver los conflictos tomandose en cuenta las normas que amparan los derechos esenciales del hombre sino que se busquen tambien los mecanismos de tutela para protegerlos

2.3 La Tesis de la Aplicacion Directa o Inmediata, de los principios constitucionalizados en las relaciones juridico privadas

La tesis directa o eficacia directa de las normas constitucionales en las relaciones juridico privadas de manera generica ha sido definida como eso la aplicacion directa de las normas constitucionales (fundamentales) en las relaciones de trato entre personas particulares O como nos dice el Profesor Corral Talciani La aplicacion directa se produce cuando el juez es autorizado a resolver un caso de derecho privado invocando las disposiciones constitucionales sin esperar que ellas hayan sido desarrolladas por un texto legal p 9

O bien señala el comentado autor Sierra Gutierrez la Teoria de la aplicacion directa de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares

Como su nombre parece indicarlo esta tesis apunta a la idea que los derechos fundamentales pueden ser aplicados de manera directa en las relaciones entre particulares sin necesidad de mediacion conectora como serian los derechos subjetivos comunes y corrientes Y el argumento de principio es que si la Constitucion es el vertice superior del ordenamiento juridico elemental es concluir que ella debe aplicarse de manera plena y directa a todos los ambitos juridicos

Luego para la solucion de un caso de violacion de un derecho fundamental por entes privados no se requiere acudir a la hermeneutica sino que es la Carta Magna misma la que sirve de fuente normativa apta para brindarse como solucion juridica sea o no que este desarrollada por via legal p 124

Y son varios los factores que generan que se puedan aplicar directamente las normas constitucionales directamente en la solucion de los conflictos que se generan entre privados o particulares que (Escobar Fornos Aplicacion de derechos fundamentales en las relaciones privadas s f) desarrolla en 4 puntos El caracter fundamental norma y superior como norma fundamental los principios fundamentales constitucionalizados o de derechos humanos positivizados en la Carta Magna el segundo es el de la desigualdad que se ha generado en la sociedad moderna afirma que

En la sociedad contemporanea globalizada donde la ciencia y la tecnologia se desarrollan con rapidez y el conocimiento es la verdadera riqueza han surgido corporaciones asociaciones sociedades monopolios carteles etcetera con gran poder economico que con cierta frecuencia unen al poder economico politico social cultural y mediatico superiores en algunos casos al Estado los que controlan casi toda la riqueza frente una base poblacional al margen del progreso y los nuevos inventos Este fenomeno produce una desigualdad que ponen a

esos capitales en posición fácil de violar los derechos fundamentales. En el Estado contemporáneo no solo este viola los derechos fundamentales sino también los poderes privados violación que se produce con frecuencia en las relaciones entre los particulares

Por tal razón surge la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos humanos en las relaciones entre particulares

El tercer aspecto que señala es El Estado Social del Derecho que establecimos en el capítulo anterior al estudiar el fenómeno en la evolución histórica y que se anuda con el otro punto que señala el autor y como menciona Nipperdy al que se le atribuye la paternidad de la Tesis de aplicación directa es el Desarrollo de la Justicia Constitucional o llamado Neo constitucionalismo ya hablado en este trabajo. Y esta justicia constitucional señala que Su jurisprudencia además de garantizar el Estado de derecho ha enriquecido el derecho constitucional defiende la Constitución y pone en vigencia sus normas las cuales se proyectan en el ordenamiento jurídico incluyendo el derecho privado p 171

Asegura el Profesor italiano Roberto Romboli (2014) en el Congreso de Procesal Constitucional citado por Luris Barrios (2015) hablando desde la óptica de las nuevas facultades interpretativas del juez

El interprete (en particular el Juez) está llamado a aplicar la misma buscando la voluntad expresada por el legislador. La Constitución en su lugar **es fuente del derecho directamente aplicable por el juez** y no solo un acto político dirigido al legislador por su aplicación y ejecución y en particular es una fuente superior a la ley y a los actos con fuerza de ley y que se expresa a través de principios y no reglas específicas. Por lo tanto la Constitución como acto superior y organizado por principios produce una ampliación de los poderes interpretativos del juez frente a acciones basadas en los

derechos reconocidos por la Constitución (El sombreado es nuestro)

Así afirma radicalmente la Profesora de Derecho Civil Roncesvalles (Barber Carcamo 2004) señala en cuanto a la Constitución Española de 1978 ha proyectado sobre el Derecho Civil tres aspectos que en lo que se refiere al tema en referencia El Derecho civil ha debido asumir la incidencia directa que como norma jurídica la Constitución proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico lo cual ha conllevado importantes cambios de rumbo en la jurisprudencia civil para adaptar la interpretación de sus instituciones a los postulados constitucionales p 40

En el desenvolvimiento de la vida entre particulares y sus relaciones tanto interpersonales como sociales estos particulares por tanto no pueden vulnerar los derechos fundamentales de los demás sujetos con quienes se relacionan (Saraza Jimena 2008 pag 92)

En la actualidad dice Tovagliari (2016) la eficacia directa que implica que la Constitución puede invocarse en forma directa en los conflictos de intereses entre particulares p 58 Y plantea que así

Enseña Cassinelli Muñoz que

La Constitución como norma jurídica es invocable por todos y en todo momento No hay una necesaria intermediación del legislador ordinario como ocurre en otros países para que pueda invocar en la práctica ante un juez disposiciones constitucionales () La Constitución es inmediatamente aplicable a las relaciones privadas inmediatamente invocable en cualquier pleito o en cualquier trámite administrativo sin necesidad de que exista una ley intermediaria

Leslie Van Rompaey en su artículo Reflexiones sobre los principios generales del derecho citada por Tovagliari (2016) dice

que las normas constitucionales constituyen una fuente directa de derechos y obligaciones inmediatamente aplicables por todos los operadores jurídicos capaces de imponerse frente a cualquier otra norma y sobre todo con un contenido preceptivo trascendente de valores principios y derechos fundamentales

Cita Tovagliari a los autores uruguayos Raul Gamarra y Cristina Mangarelli (2008) quienes sostienen que pensamos que no se ha visualizado aun en su verdadera dimension que dichos principios son normas jurídicas de nuestro derecho frente a cualquier otra norma y sobre todo con un contenido preceptivo trascendente de valores principios y derechos fundamentales (Tovagliari 2016 pag 59)

2 3 1 Posturas doctrinales que defienden de la Tesis de la Aplicación directa

Además de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil el debilitamiento que se ha producido entre el derecho público y el derecho privado como justificaciones de los derechos subjetivos públicos en las relaciones privadas que producen su aplicación directa los que defienden la tesis de la aplicación directa sostienen que aunque los derechos contenidos en las constituciones son esos derechos públicos subjetivos aplicables al Estado también reconocen que tienen una función adicional que aunque no haya sido la finalidad con la que se crearon sí tienen una función de proposiciones

ordenadoras o principios afirma Saraza Jimeno para con el orden juridico en su conjunto p 93 Asi expresa Blengio citado por Tovagliari (2016) tambien que la aplicabilidad directa o indirecta de los principios y normas constitucionales a las relaciones entre particulares es hoy un tema que practicamente no se controvierte p 59

Para el citado Profesor Uruguayo Fernando Tovagliari (2016) en Aplicacion directa de principios y normas constitucionales estimo que todos los operadores juridicos pueden y debe aplicar directamente principios y normas constitucionales para resolver los asuntos llegados a su conocimiento Su aplicacion no se encuentra relegada a casos de vacio o laguna legal

Desde el punto de vista anterior el autor chileno Corral Talciani destaca que en la via de aplicacion directa de la norma constitucional en las relaciones privadas se dan en dos (2) acepciones o dos versiones en esta via

La primera la denominamos praeter o secundum legem Tiene lugar toda vez que la Constitucion debe ser aplicada porque no hay ley que resuelva el caso Nos parece que tambien es procedente para invalidar un acto o contrato contrario a los valores de la Constitucion aunque normalmente en estos casos se hara uso de la via hermeneutica a traves de las clausulas generales de objeto o causa ilicita Pero esta via no solo se abre ante una laguna legal sino tambien cuando a pesar de haber una ley la Constitucion quiere ofrecer una proteccion alternativa para los derechos del personal A traves de la accion constitucional de proteccion los particulares pueden lograr una tutela mas eficaz del ejercicio de un derecho civil tambien amparado por la Carta Fundamental Frente a una duplicidad de instrumentos cautelares el particular elige la aplicacion directa de las normas constitucionales Por ejemplo frente a una perturbacion ilegítima de la posesion de una propiedad puede optar entre recurrir a las acciones posesorias que contempla la legislacion civil o accionar de proteccion por afectacion del derecho constitucional de propiedad (Corral Talciani H 2010 pag 9)

Existe una segunda version una via de aplicacion directa que podriamos llamar *contra legem*. Segun esta teoria incluso cuando existe ley que resuelve el conflicto privado esta puede ser descartada de su aplicacion al caso porque el juez de instancia estima preferible aplicar directamente una norma constitucional que contiene criterios diferentes a los consagrados por el legislador (Corral Talciani H 2010 pag 9)

El autor chileno Corral Talciani no comparte la segunda postura o acepcion anterior justificada en el control constitucional concentrado que maneja Chile tampoco le parece propicio porque cree en la racionalidad y coherencia del orden juridico como un todo

2 3 2 Detractores de la Tesis de la Drittwirkung der Gruentche

Criticando la posicion de Nipperdy en cuanto a la Teoria de la aplicacion directa se han presentado argumentaciones teoricas politicos constitucionales en torno a la **no** eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas que a manera de resumen fueron varios los argumentos que se esgrimen por la doctrina para rechazarla a saber **solamente es aplicable a los particulares si asi lo dispone expresamente el texto constitucional** se encuentra en oposicion la historia y al concepto de los derechos fundamentales no estuvo en la mente de los constituyentes alemanes consagrarla destruye la autonomia privada y podrian destruir al derecho privado pues los jueces podran fundar sus resoluciones directamente en la Constitucion prescindiendo de las regulaciones legales sustrayendo del Poder Legislativo con legitimidad democratica la libertad de configurar y regular los fenomenos sociales trasladando el debate democratico a los jueces de lo cual surge un Estado judicial algo equivalente al gobierno de los jueces (Escobar Fornos Aplicacion de los

derechos fundamentales en las relaciones privadas 2010) (El sombreado es nuestro)

Si una de las causas de no aplicarla directamente era por la concepción de la escuela positivista que exigía la normatividad textual del principio general constitucionalizado obviamente con esto se resuelve el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*. Sin embargo es imposible constitucionalizar todos los principios o los derechos humanos y es por ello que las constituciones siempre en sus redacciones como la nuestra establecen que los derechos y garantías de derechos humanos son mínimos y no restrictivos para evitar esa interminable positivización.

Otras de las tesis opositoras establecen que los derechos constitucionales o los principios constitucionalizados no se pueden aplicar directamente porque entre los derechos fundamentales existen dos o más **argumentos para solucionar el mismo caso de manera diferente** con base en una ponderación de los derechos en conflicto ¹² señala Escobar Fornos que esto se da por el pluralismo y una variedad de ideales políticos que conllevan a tener normas y principios que encierran visiones opuestas por no decir contradictorias las cuales pueden armonizar en un justo equilibrio como el principio de libertad e igualdad y el de libre contratación y buena fe señala Duncan Kennedy p 156

¹² *La decisión judicial El debate Hart Dworkin* Bogotá Nuevo Pensamiento Jurídico Universidad de los Andes 1997 pp 84 y ss Duncan Kennedy *Libertad y restricción en la decisión judicial* Bogotá Nuevo Pensamiento Jurídico Universidad de los Andes 1999 pp 58 y ss Citado por Escobar Fornos Ivan Óp cit Pag 156

En cuanto a esta posición contradictoria a la aplicación directa la propuesta de Dworkin de aplicación de los principios en este caso constitucionales cuando estos resulten opuestos señala que estos no son contradictorios sino conflictivos y por tanto si hay solución justa

Así también es la posición de Javier Tamayo Jaramillo como opositor a la *Drittwirkung der Grundrechte* citándolo Jorge Parra Benítez que en concepto de Javier Tamayo Jaramillo la constitucionalización ha servido de escudo para muchos para dejar de aplicar la ley en casos concretos so pretexto de solucionarlos de manera justa con fundamento en valores constitucionales Pero piensa que tal proceder es equivocado porque en un **Estado de Derecho** las normas infraconstitucionales restringen legítimamente los principios y derechos constitucionales (pág. 1282)

Más tarde categóricamente dice Parra Benítez (2011) El perfil adecuado de la constitucionalización se presenta cuando la norma en abstracto se ajusta a la Constitución como consecuencia de no vulnerar un principio constitucional o un derecho fundamental p. 1282

Otra de las oposiciones dice (Saraza Jimena 2008) es alegada por Durig que defiende al derecho privado señalando que la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares acabaría por generar una estatización del Derecho Privado y un virtual vaciamiento de la autonomía privada p. 108

Lo que lleva a concluir que ante las situaciones reales o casos in situ la aplicacion directa de las normas constitucionales o principios generales del derecho constitucionalizados son los que nos van a dar la solucion a los conflictos de una manera no solamente en derecho sino tambien dando a cada uno lo suyo y fundamentado en los valores iusfundamentales del ser humano

2 3 3 Los Principios y Reglas en Dworkin para la Aplicacion Directa

El Positivista Hart para quien en el sistema juridico existen reglas primarias y normas secundarias las primarias son las que imponen obligaciones de todo tipo dentro del ordenamiento juridico mientras que las normas secundarias son aquellas que permiten que le Organo del Estado (Legislativo) puedan expedir las leyes o en caso permita al Organo judicial administrar justicia (Hart citado por Chen Stanziola) Y contrario al pensamiento de Bobbio citado ad initio surge el norteamericano Ronald Dworkin que algunos consideran neonaturalista como uno de los propulsores de la resolucio de los conflictos mediante la utilizacion de los principios para quien no son iguales que las reglas “Sostiene una diferencia entre reglas y principios (Rojas Amandi La Teoria de Ronald Dworkin y la aplicacion de los principios generales del derecho en Mexico 2005) mediante una diferencia cualitativa Segun su concepcion entre reglas y principios existe una diferencia de tipo logico dice Dworkin en su obra *Los derechos en Serio* (Dworkin 1987 pag 24) Afirma Rojas Amandi en el articulo que Esta diferencia logica se establece en tres componentes El primero se refiere a la funcion especial que cumplen las reglas si se les considera en relacion con los principios

El segundo hace alusion a la dimension de peso que caracteriza a los principios

El tercero se relaciona con las diferentes formas o metodos para solucionar las concurrencias normativas ya se trate de reglas o de principios p 250

2 3 3 1 En las Reglas, su Formula es Se Aplica o no

Señala el Doctor Victor Rojas (2005) analizando a Dworkin frente a las reglas y los principios las primeras es decir la regla implica un mandamiento prescrito por una autoridad en forma oficial que establece para el futuro una obligacion a cargo de personas determinadas En cambio los principios son normas que contiene imperativos de justicia de honestidad o en general de la moral que no han sido puestos en vigor por una autoridad oficial y que tampoco prescriben de antemano obligaciones precisas a cargo de personas indeterminadas ni las circunstancias que harian necesaria su aplicacion Es por ello que los principios y las reglas no pueden ser medidos con los mismos parametros p 250 Dworkin en cuanto a la diferencia de la regla con los principios lo encontramos en que Las reglas son o bien aplicables o bien no aplicables Creemos que esta es la maxima con que se cumple la diferencia logica porque si se realizan los presupuestos de la hipotesis normativa en ellas prevista la consecuencia de Derecho debe aplicarse en cambio cuando no se cumplen los mismos dicha consecuencia no debe aplicarse Dworkin hace valer en este caso la reserva de la validez de la regla toda vez que cuando cada uno de los requisitos previstas en la hipotesis normativa se ha cumplido la regla puede ser catalogadas como

una regla valida ¹³

Es Roberto (Jimenez Cano 1999) en su artículo Sobre los Principios generales del derecho Especial consideracion en Derecho Español que al citarnos a Martinez Muñoz nos establece una clara diferenciacion entre principios y reglas segun Dworkin y que transcribimos textualmente por la claridad en que establece dicha diferenciacion

Martinez Muñoz desde una optica iusnaturalista de la cuestion y apoyandose en mucho en Dworkin propugna la tesis de que los principios son irreducibles a normas y establece numerosas desigualdades entre ellos (validas quiza desde la optica de que los principios generales del Derecho son normas pero diferenciales de otros tipos de normas) de las cuales pasamos a señalar sucintamente las a nuestro juicio mas importantes (*vid* Martinez Muñoz 1993 pp 92 y ss)

1a *Una diferencia estructural* los principios tienen una estructura mas compleja pues como elementos ontologicos del Derecho son fundamento originario del mismo y no presuponen nada juridico previo al contrario que las normas como elementos cognoscitivos son independientes y no se derivan unos de otros al contrario que ocurre con las normas y por ultimo «en la realizacion del Derecho los principios son los determinantes de la actuacion juridica correcta mientras que las normas son el criterio valorativo de las mismas» ofreciendo «soluciones equitativas cuando la aplicacion de normas a casos singulares suponen la causacion de injusticia»

2a *Una diferencia funcional* las normas funcionan como medida (*nomos*) de lo justo como expresion de mandatos o imperativos y como ordenadoras u organizadoras de las relaciones sociales son instrumentales los principios determinan la existencia de lo justo y el deber de hacer algo

3a *Unas diferencias geneticas* las normas proceden de en la organizacion estatal o social y necesitan que una autoridad determine su contenido los principios tienen su origen en la propia naturaleza del Derecho y obtienen

¹³ La funcion del todo o la nada que caracteriza las reglas validas no significa otra cosa que la aplicacion de las consecuencias de Derecho depende del cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos previstos en la hipotesis normativa La norma juridica que ha sido identificada como regla le exige al aplicados del Derecho solo corroborar la realizacion de los supuestos previstos en la hipotesis normativa (Bitner C Pag 120 citado en Rojas Amandi Victor Óp cit pag 251)

su contenido de la misma naturaleza de las relaciones humanas en la que el Derecho aparece

4a *Unas diferencias aplicativas* mientras que las normas se aplican o no se aplican —«las normas son aplicables a la manera de disyuntivas» (Dworkin edicion de 1993 p 75)— y si se aplican se puede hacer de forma inmediata los principios pueden aplicarse o no aplicarse en parte y precisan concretarse a un caso concreto

5a *Una diferencia tuitiva en cuanto a su vinculacion* mientras que las normas obligan para garantizar situaciones economicas politicas o sociales los principios obligan en cuanto son imperativos de justicia para garantizar esta «Llamo principio a un estandar que ha de ser observado no porque favorezca o asegure una situacion economica politica o social que se considera deseable sino porque es una exigencia de la justicia la equidad o alguna otra dimension de la moralidad» (Dworkin ed de 1993 p 72)

6a *Una diferencia de validez* un principio no pierde su validez por la contradiccion con una norma lo que si ocurre en caso de antinomias donde una norma desplaza a otra (*vid* Dworkin ed de 1993 pp 77 y 78)

7a *Una diferencia justificativa* pues las normas siempre necesitan de una justificacion los principios no

8a *Una diferencia exegetica* los principios pueden actuar como criterios interpretativos de las normas pero las normas no

Ahora bien nos provee Dworkin un ejemplo de la praxis para demostrar que las reglas de Derecho se realizan mediante un procedimiento que resulta diferente al que se aplica a los principios Citamos el ejemplo

Cuando un juez o un abogado utiliza el recurso de fundamentar sus posiciones en un parametro juridico que conduce a un resultado definido de antemano el mismo concluye su cadena argumentativa en una regla Dworkin aclara expresamente que lo que resulta decisivo es la funcion de un argumento y no su forma Cuando una regla se vale de conceptos tales como adecuado Contrario al Derecho culpa etc La regla seguira siendo una regla y no por utilizar conceptos generales y de contornes grises se convertira en principio (Rojas Amandi El concepto de derecho de Dworkin)

En esos casos es decir las controversias judiciales la tesis de los derechos se puede sintetizar del siguiente modo

A) En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir un conflicto B) Existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe indagar a quien le corresponde vencer C) Este derecho a vencer existe siempre aunque no exista norma exactamente aplicable D) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que le garantizan el derecho E) Los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan F) El juez al fundamentar su decisión en un principio preexistente no inventa un derecho ni aplica legislación retroactiva se limita a garantizarlo (Dworkin 1989)

2 3 3 2 Los principios y la dimensión del peso

Rojas Amandi en El concepto de Derecho según Dworkin asevera que

Según Dworkin la aplicación de los principios no conduce a una única consecuencia jurídica definida de antemano Así por ejemplo el principio según el cual nadie puede beneficiarse de su propia falta no proporciona respuesta alguna sobre lo que debe suceder con cierta probabilidad De esta forma un principio solo puede hacerse valer como un argumento a favor o en contra de determinada decisión (Dworkin 1989) Por lo que no habría una única respuesta es lo que Dworkin llama la dimensión de peso Señala que los mismos muestran un carácter de relatividad que se manifiesta en el hecho de que la determinación de su peso preciso solo se puede llevar a cabo analizando cada caso concreto lo que supone un procedimiento interpretativo (Bitner citado por Rojas Amandi

Victor)

El pensamiento de Victor Rojas frente a la dimensión del peso planteada por Dworkin es que en el caso de los principios no se puede hablar de validez o invalidez o de su aplicabilidad o no aplicabilidad. La dimensión del peso de los principios pertenece a su estructura y constituye a la vez el único criterio relevante para determinar si un principio especial debiera influir o no una determinada decisión jurídica. (Rojas Amandi. El concepto de derecho de Dworkin)

2.3.3.3 El caso difícil de Dworkin y las lagunas

Javier Tamayo Jaramillo en la Constitucionalización del Derecho Privado en Colombia entre las posiciones de la *drittwirkung* directa aplicación de las normas constitucionales de manera directa en el caso concreto y por el otro lado la aplicación indirecta por la irradiación de la constitución en todo el ordenamiento jurídico o sistema jurídico señala que la posición de Dworkin resulta más radical que las anteriores según la cual el juez debe aplicar la única solución correcta al caso concreto aplicando principios inclusive ajenos a la Constitución y a la leyes exigibles. Pero en uno y otro caso se trata de aplicar la norma moralmente correcta al caso concreto más allá de lo que digan las leyes por exigibles que estas sean. A estas dos variables que denominare teorías de la normatividad moral dedicare los párrafos que siguen (I) para al final proponer una solución diferente basada

en la primera concepcion (II) (Jaramillo) Aqui el autor cita la postura de Dworkin desde un fundamento diferente

➤ **La nocion de laguna y de caso dificil en la teoria valorista o del normativismo moral**

Dworkin cuyo pensamiento se enmarca en la version radical de esta doctrina trata de demostrar su particular posicion partiendo del presupuesto de que es tal la identificacion existencia entre derecho y moral que norma que sea injusta desde el punto de vista de la moral deja de ser derecho En consecuencia para este autor las lagunas y los llamados casos dificiles no dependen de la claridad u oscuridad de los textos normativos sino de la justicia o injusticia que los mismo encarnan Laguna o caso dificil es para DWORKIN el caso en el cual independientemente de la claridad linguistica del texto normativo que lo regula la solucion justa se torna dificil de hallar por circunstancia de diversa indole Esa aplicacion de la moral a cada caso concreto es lo que se denomino originalmente constitucionalizacion del derecho (Dworkin en Parra Jaramillo)

En ese sentido Parra Jaramillo cita lo que establece el Profesor Jose Aguilo opina sobre la conceptualizacion de la Escuela Dworkiniana en base al cambio de postura en cuanto a las lagunas las cuales ya no seran normativas sino axiologicas ¹⁴

Pero ¿que seria entonces esta laguna axiologica? Es definida como la falta de

¹⁴ El profesor JOSEP AGUILO explica así el fenomeno de la constitucionalizacion del derecho tal como lo concibe esta escuela El orden juridico legitimo sera expresivo de una razonable determinacion y concrecion de los derechos constitucionales y de esta forma junto a la exigencia de consistencia normativa por lo que se refiere a la unidad de contenidos del orden juridico hará aparicion la exigencia de coherencia valorativa como prueba de correccion normativa La nocion de laguna normativa sera desplazada por la de laguna axiologica y la de caso dificil pues de la comprobacion de la falta de regulacion (o de regulacion defectuosa) se procedera a buscar en las fuentes constitucionales la respuesta correcta del caso en cuestion Todo ello ha desembocado en lo que se ha venido en llamar la constitucionalizacion del orden juridico y ha supuesto que en la teoria del Derecho se haya producido un desplazamiento desde la teoria de la autoridad a la teoria de la justicia p 57

una norma pero no cualquiera sino una norma justa es decir de una norma que no esta pero que deberia estar porque es requerida por el sentido de justicia del interprete o por una norma superior Guastini citado en Parra Jaramillo

En los casos de la laguna Dworkin rechaza la discrecionalidad del Juez porque pone a los derechos de los individuos a merced de los jueces y eso significaria no tomarse los derechos en serio

Dworkin sostiene que cuando existen contradicciones o lagunas el juez no tiene discrecion porque esta determinado por los principios Esta tesis segun Chen Stanziola citando a Dworkin esta fundamentada en dos argumentos

- A) cualquier norma se fundamenta en un principio
- B) los jueces no pueden crear normas retroactivas
Tienen la obligacion de aplicar los principios porque forma parte esencial del derecho

La teoria de Dworkin de enfrentar las reglas (sean primarias o secundarias) frente a los principios nos permiten hacer uso o tomar en serio la aplicacion directa de las normas constitucionales en las relaciones privadas pues son los principios los que si contienen ese sentido de valor o normatividad moral pero tambien de regulacion juridica pues muchos de ellos ya se encuentran normativizados constitucionalmente y por tanto sera una decision mas justa y no segun la discrecionalidad de un juez

Asi Dworkin propone optar por un modelo judicial descubridor de principios en el cual el criterio de eleccion de los principios estaria guiado por el razonamiento y la ponderacion lo cual forneceria la justificacion y eliminaria la arbitrariedad

judicial (El Neoconstitucionalismo y los principios en el Derecho) Pagina 45 Juan Manuel Romero Martinez

2 3 4 La Posicion de Zagrebelsky en el Contexto de los Principios y Reglas

Zagrebelsky en El Derecho Ductil pregunta

¿Cuales son las diferencias entre reglas y principios? (Zagrebelsky 2011) Pero antes de hacer aquella pregunta Gustavo Zagrebelsky hace un pequeño analisis metodologico de ambos terminos que no podemos dejar de reproducir en este estudio

Si el derecho actual esta compuesto de reglas y principios cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aqui interesan en la medida en que son principios) Por ello distinguir los principios de las reglas significa a grandes rasgos distinguir la Constitucion de la ley

Cuando la ley establece que los trabajadores en huelga deben garantizar en todo caso determinadas prestaciones en los servicios publicos esenciales estamos en presencia de reglas pero cuando la Constitucion dice la huelga es un derecho estamos en presencia de un principio Las Constituciones a su vez tambien contienen reglas ademas de principios Cuando se afirma que la detencion debe ser confirmada por el juez en el plazo de cuarenta y ocho horas estamos en presencia de una regla pero cuando se dice que la libertad personal es inviolable estamos ante un principio (Zagrebelsky 2011)

Pareciese que con la explicacion anterior hubiese contestado antes de hacer la pregunta sin embargo fue a traves de ese ejemplo practico para introducir una conceptualizacion de los conceptos principios y reglas Como en varias ocasiones el autor resalta que una y otra diferencia de ellos citaremos asi

- 1 En primer lugar solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional es decir <constitutivo> del orden jurídico. Las reglas aunque estén escritas en la Constitución no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas en efecto se agotan en sí mismas es decir no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan (R Smend Constitución y Derecho Constitucional (1928) en Zagrebelsky (2011) p 110

- 2 Señala que la diferencia más importante puede venir sugerida por el distinto <tratamiento> que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Solo las reglas se aplican a los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Las fórmulas <<de principio>> son a menudo expresiones un tanto banales <<producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano>> pero no por eso menos venerables que remiten a tradiciones históricas contextos de significado etc y que más que <<interpretadas>> a través del análisis del lenguaje deben ser entendidas en su *ethos* (L Giaformaggio en Zagrebelsky 2011) p 110

En otras palabras dice que a las reglas <<se obedece>> y por ello es importante determinar con precisión los preceptos que le legislador establece por medio de las formulaciones que contiene las reglas a los principios en cambio <<se presta adhesión>> y por ello es importante comprender el mundo de valores las grandes opciones de cultura jurídicas de las que forman parte y las que las palabras no hacen sino una simple alusión (Zagrebelsky 2011)

- 3 Al final de esta comparación dice que la distinción esencia parece ser la siguiente las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones nos dicen como debemos no debemos podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas los principios directamente no nos dicen nada a este respecto pero no nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de <<supuesto de hechos>> a los principios a diferencia de lo que sucede con las reglas solo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles <<reaccionar>>

ante algun caso concreto SU significado no puede determinarse en abstracto sino solo en los casos concretos y solo en los casos concretos se puede entender su alcance (Zagrebelsky pag 111)

En las diferenciaciones anotadas por Zagrebelski la de señalar que simplemente las reglas y solo las reglas las que pueden ser observadas y aplicadas mecanica y pasivamente Es similar a la diferenciacion de reglas y principios de Dworkin la regla se aplica o no se aplica sin mas En ese mismo orden Zagrebelsky al establecer la diferencia entre los principios constitucionales carecen de supuesto de hecho y por tanto no pueden ser utilizados en la operacion logico juridica como lo hace Dworkin al establecer las lagunas no usa la discrecionalidad sino que debe usar los principios porque estos al no tener supuestos de hecho pueden resolver el caso concreto porque nos dara la respuesta correcta

La posicion de Zagrebelski en el contexto de los principios y reglas sustentador de la aplicacion directa

La aplicacion directa no se resume a lo dicho anteriormente por Javier Tamayo Jaramillo que se deja de aplicar la regla de los codigos civiles que frente a la norma sustancial contradiga un principio constitucional para lo que existen otros medios procesales para alegarla en si la aplicacion inmediata o directa va a solucionar un problema juridico entre privados que en medio de ello se observa la vulneracion de los derechos inherentes en el hombre que son enunciados supraconstitucionales y que se han normativizado constitucionalmente para la proteccion del hombre en si Como menciona Gustavo Zagrebelsky en el Derecho Ductil las tesis positivistas mas estrictas se

limitaban a afirmar la ausencia de derecho y la libertad del interprete para recurrir a criterios morales en todo caso extrajuridicos Y los autores J Austin y H Kelsen en Zagrebelsky p 118 dicen que en estos casos para superar las dudas interpretativas colmar las lagunas y resolver contradicciones de otro modo irresolubles entrarian en accion los principios del derecho con su fuerza directiva tanto mas vinculante en cuanto venga recogidos en la Constitucion Zagrebelski asevera que

no hay regla escrita que no presente algun margen de ambigüedad o que no se preste a alguna interpretacion evasiva que no todos los casos que requieren una regulacion juridica encuentra siempre la regla adecuada o que frecuentemente y mucho mas en los caoticos ordenamientos juridicos de la epoca actual se producen colisiones entre los contenidos de las normas juridicas (reglas contra reglas o reglas contra principios) no siempre faciles de resolver con los instrumentos de eliminacion de antinomias que los propios ordenamientos preven (prevalencia de la norma mas reciente de mayor grado mas especial etc)

Plantea Zagrebelski en el Manuale di diritto costituzionale (1996) cita Tovagliare (2016) la aplicacion directa de normas constitucionales no solo se produce cuando hay laguna legal o dudas interpretativas sino que las reglas y principios de las normas constitucionales que protegen derechos fundamentales deben ser tomados en consideracion al resolver el caso Es lo que argumenta cuando establece que

Donde la estructura de la norma constitucional es suficientemente completa para poder valer como regla para casos concretos debe ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento juridico ya sean los jueces la

administración pública o los particulares. La Constitución es en suma fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del ordenamiento en todo tipo de relaciones en que puedan entrar. Hoy la Constitución se dirige también directamente a las relaciones entre los individuos y a las relaciones sociales. Por eso las normas constitucionales pueden ser invocadas cuando sea posible como reglas por ejemplo para las relaciones familiares en las relaciones en las empresas en las asociaciones y así por el estilo (Tovagliari p. 59).

2.3.5 Los Postulados de Robert Alexy y la Aplicación Directa en Cuanto a la Diferenciación de los Principios y Reglas

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales según su estructura es la división de los principios y reglas

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios **son normas** que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son *mandatos de optimización* que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. En cambio las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida entonces de hacerse exactamente lo que ella exige ni más ni menos.

Bernal Pulido al comparar las posiciones de los principios y las reglas dice que Alexy por su parte ha propuesto una diferenciación entre los principios y las reglas que afina complementa y modifica los criterios de Dworkin (Bernal Pulido 2014 pag. 731).

De acuerdo con Alexy citado en la obra de Bernal Pulido tanto las reglas como los principios son especies de género de norma. Y aunque se base en los

supuestos de Dworkin en cuanto a la regla no es posible formular la regla como tal ni deducir con seguridad sus consecuencias jurídicas por lo que solo diferencia una de otra por el grado en establecer que los principios son mas generales y abstractos que las reglas Pero Alexy reafirma el segundo supuesto afirmado por Dworkin que establece que las reglas son *normas que contiene determinaciones en el ambito de lo factico y juridicamente posible y que solo pueden ser cumplidas o no* Tambien Alexy establece que los principios se definen como mandatos de optimizacion que pueden ser cumplidos en diversos grados y que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relacion las posibilidades jurídicas y facticas (Bernal Pulido pag 733)

Pero al final la cuanto a la aplicacion Bernal Pulido considera que Principios y reglas son normas jurídicas que regulan la conducta humana y que se utilizan para construir y fundamentar las decisiones jurisdiccionales p 733

2.3.6 Los Tres Niveles de Alexy en la Aplicacion de los Derechos constitucionales en las relaciones privadas

En cuanto a la Drittwirkun der Gruentche Alexy reconoce la Teoria y se opone a los adversarios pero los tres niveles en la reconoce es una construccion de las que se oponen a la misma La integracion de las tres teorias en una y las clasifica asi a) El nivel de los deberes de Estado b) El nivel de los derechos frente al Estado y c) El nivel de las relaciones jurídicas entre sujetos del derecho privado (Sierra Gutierrez 2011)

En el primer nivel segun Alexy el fallo Luth explica el primer nivel en su primera premisa

Por mandato constitucional el juez debe examinar si las prescripciones materiales de derecho civil que tiene que aplicar estan influenciadas iusfundamentalmente en la manera descrita si tal es el caso entonces en la interpretacion y aplicacion de estas prescripciones tiene que tener en cuenta la modificacion del derecho privado que de el resulta (Alexy 1997 citado por Sierra Gutierrez 2011)

El Deber del Estado dice Alexy citado por Mendoza Escalante se configura debido a que las normas que enuncia los derechos fundamentales en cuanto a principios u orden objetivo de valores rigen para todos los ambitos del derecho de forma tal que el Estado esta obligado a tenerlas en cuenta tanto en la legislacion civil como en la jurisprudencia civil Mijail Mendoza establece en ese sentido que Particularmente en lo que concierne al juez civil el tendra que interpretar y aplicar las normas teniendo en cuenta el orden valorativo de los derechos fundamentales p 233 Pero el hecho de que el juez no haya procedido asi no dice todavia que si viola este deber lesiona derechos fundamentales bajo la forma de derechos subjetivos (Alexy citado por Mendoza Escalante)

El segundo nivel de los derechos frente al Estado

En cuanto a este nivel Observa el autor que al tribunal Constitucional no le fue problematico descender al **segundo nivel, cuando expreso en el mismo fallo mencionado, luego de reconocer que el primer nivel muestra su insuficiencia** (El sombrado es nuestro)

Si el juez no respeta estas pautas y su fallo se basa no en haber tenido en cuenta esta influencia jurídico constitucional en las normas de derecho civil viola no solo el derecho constitucional objetivo al desconocer el contenido de la norma de derecho fundamental sino que mas bien en tanto titular del poder publico lesiona con su fallo el derecho fundamental a cuyo respeto tambien por parte del poder judicial el ciudadano tiene un derecho constitucional (Alexy 1997 p 517)

Ahora bien en el tercer nivel de Alexy ya en el 2002 señala en la Teoria de los derechos fundamentales que los efectos de las normas constitucionales o principios constitucionalizados de manera directa e inmediata Citado en el articulo de Abdon Sierra precisa Alexy que debe entenderse por tal

Ella consiste en que por razones iusfundamentales en la relacion ciudadano—ciudadano existen determinados derechos no derechos libertades y no libertades competencias y no competencias que sin estas razones no existirian Si se define de esta manera el concepto de efectos inmediatos en terceros la teoria de los efectos mediatos en terceros y de los efectos en terceros a traves de la mediacion del Estado surge un efecto inmediato en tercero Es asi porque los principios iusfundamentales conducen a derechos y deberes en relaciones entre iguales que debido a la vigencia de estos principios relativo a la Constitucion son necesarios pero que sin vigencia no lo serian Este es un efecto inmediato en terceros (Alexy 2002 p 521)

Aprueba Mendoza Escalante en cuanto a este nivel que

Desde una perspectiva analogica y sintetizando podriamos decir que hay vinculacion de derechos fundamentales en las relaciones juridico privadas cuando los sujetos de derecho que intervienen en la misma tienen en base a aquellos un mandato una prohibicion o una permission Estas modalidades deonticas no existiran si los derechos fundamentales no fuesen derecho vigente

El autor termina su artículo de la defensa de Alexy a la *Drittwirkung* directa o aplicación directa de los derechos constitucionales en las relaciones privadas sosteniendo que Alexy (2002)

considera que resultan falsas las críticas que se le hace en el sentido que esta tesis de la inmediatez del derecho constitucional sobre terceros conduce no solo a eliminar la autonomía privada sino igualmente el derecho civil. Pero tanto una como otra acusación es infundada porque el efecto inmediato se refiere a los resultados modificativos que los derechos fundamentales generan sobre el derecho civil pero partiendo que tanto la autonomía privada como el derecho civil en general si se ajustan a los derechos fundamentales
p 126

Por lo que si la aplicación directa de las normas constitucionales se advierte es precisamente porque dichas normas primarias de los ordenamientos jurídicos provienen o son construidas mediante los Principios Generales del Derecho que cuando vienen a ser positivizados se convierten en fuente tanto formal como material del derecho y por tanto aplicable directamente al caso. Por lo que es necesario el descubrimiento del Principio como norma el proceso Principialístico así como las funciones y la fórmula de descubrir el principio contenido dentro de la norma constitucional para lograr la aplicación directa de esta última en las relaciones jurídico privadas.

2.3.7 Hacia la Solución Nomoarquica

Los tratadistas citados como Dworkin, Zagrebelsky y Alexy nos llevan

a una dimension mas alla de la ley ya sea ante un caso dificil lagunas o conflictos de normas y hasta contra legem a la formula del Principio o Principios generales del derecho ellos seran el hilo conductor que propicie la aplicacion directa Pues en las normas constitucionales son fecundadas mediante ellos *el proceso creador de la norma principal ya como el resultado del proceso creador o la norma principal misma* (Valencia Restrepo H 1996) Y obviamente es mediante la ciencia Nomoarquica dos voces helenicas (nomos derecho o ley) y de archai (principios) o ciencia de los principios juridicos p 11 Principialistica Juridica o Filosofia de los Principios generales del derecho como lo denomina en su obra Hernan Valencia Restrepo en el estudio de estos tambien ha de llevarnos a los modos o metodos de descubrir un principio o construccion de cada principio real o posible que es en la que se apoyara el Juez ordinario para aplicar directamente normas constitucionales cuya fundamentacion viene de los principios en las relaciones juridico privadas en la solucion del conflicto o caso

Ahora bien no es nada nuevo que casi todas las legislaciones en el orden hermeneutico en ausencia o duda de norma aplicable se remite a la Analogia y despues a los principios generales del derecho otros a la Costumbre y despues los Principios Generales del Derecho Asi lo hacen las Constituciones y los Codigos Civiles decimononicos ElCodigo Civil español en el Capítulo Primero que a letra dice

Artículo 1

1 Las fuentes del ordenamiento juridico espanol son la ley la costumbre **y los principios generales del derecho**

2 Careceran de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior

3 La costumbre solo regira en defecto de ley aplicable siempre que no sea contraria a la moral o al orden publico y que resulte probada

Los usos juridicos que no sean meramente interpretativos de una declaracion de voluntad tendran la consideracion de costumbre

4 Los principios generales del derecho se aplicaran en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su caracter informador del ordenamiento juridico

5 Las normas juridicas contenidas en los tratados internacionales no seran de aplicacion directa en Espana en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicacion integra en el «Boletin Oficial del Estado»

6 La jurisprudencia complementara el ordenamiento juridico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley la costumbre y los principios generales del derecho

7 Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniendose al sistema de fuentes establecido (El sombreado es nuestro)Codigo Civil Espanol (2001)

En esta excerta legal se observa claramente que al Principio o Principios generales se le concede un valor bilateral tanto como fuente de derecho sustantivo positivo como Principio que influye en todo el ordenamiento juridico Pero en medio de ello tenemos que tener claro ¿que son los principios? ¿Como encontrar el principio o reconocer el principio o el metodo para aplicarlo? ¿Que Principios generales del derecho son utilizables para resolver el conflicto? ¿Que via me conduce a aplicar el principio encontrado?

2 3 7 1 Principios A priori, y Principios generales del Derecho

Etimologicamente un Principium (es lo primero en cualquier serie (Valencia Restrepo H 1999) Princeps primer caput primera cabeza Y Concluyendo principium es la cabeza de una serie o el primer singular de un todo plural En consecuencia los principios en derecho constituyen la cabeza del ordenamiento o las primeras normas del conjunto de las mismas (Valencia Restrepo H 1999 pag 213)

O aquella pauta de contenido general precepto o directriz de caracter general

que sirve como guía para acatar las demás normas (Valencia Restrepo H 1996)

Por una parte Cicerón citado por Federico De Castro y Bravo (De Officiis p 23) señala que la tradición *amore antiqui moris* ha mantenido la sorprendente unidad y uniformidad del Derecho romano a través de los siglos en fin explica que se pueda llamar Fundamento de la Justicia a principios no expresados en las leyes como la fides

Y es por ello que Del Vecchio afirma que no hay interferencia alguna entre hombres no hay controversia posible por muy complicada e imprevista que sea que no admita y exija una solución jurídica cierta (Del Vecchio 1933 pag 7)

En el Prologo de la obra *Principios Generales del Derecho* de Del Vecchio señala Clemente De Diego que los principios generales del Derecho son el aval de toda disquisición jurídica ellos amparan los razonamientos jurídicos aunque estos tomen por base un precepto de ley o de costumbre sirviéndoles de altísimo fundamento en cuyo caso son fuente primaria difusa de solución jurídica que acompaña a todos los fallos expresa o tacitamente p 41

La palabra principios la concibe el autor uruguayo Carlos E Delpiazzo en Recepción de los Principios Generales del Derecho por el Derecho Positivo (2009)

Son principios por cuanto constituyen los soportes primarios estructurales del sistema jurídico todo al que presta su contenido otros como Lorenzetti citado por Tovagliari (2016) señala que los principios al tener una función evocativa resultan ser los valores fundantes de un ordenamiento jurídico En fin dice

Lorenzetti comulgando con Bobbio que los principios son normas aunque no se encuentren escritas

Ahora bien es importante resaltar que si estamos definiendo principios ¿porque hablamos de principios generales del derecho? El termino proviene del Código Civil Austriaco fue el primero que hablo que los principios generales remitiendo al juez a los <principios juridicos naturales> inspirado en la doctrina ius naturalista y dirigida su redaccion por una serie de profesores de Derecho natural es indudable que se pretendia imponer un reenvio a las doctrinas de la escuela (De Castro y Bravo 1949 p 450) El articulo versaba asi

<<Si no se puede decidir una cuestion juridica ni conforme a las palabras ni segun el sentido natural de una ley se tendra en cuenta lo que se decida por la ley en los casos semejantes y los fundamentos de otras leyes analogas Si resultase aun dudoso el caso se decidiera de acuerdo con las circunstancias cuidadosamente recogidas y maduramente pesadas segun los principios juridicos naturales >> Art 7 del Código Civil Austria de 1811

Agrega De Castro y Bravo que el Código Civil Italiano de 1865 al seguir el modelo del Código Albertino de 1838 (articulo 13) ha difundido una nueva formula la de <<principios generales del Derecho>>

Estas significaciones de los principios generales del derecho han sido reformuladas a traves de los tiempos pues a pesar de ser el fundamento del diseño del derecho no se les consideraba norma alegando los doctrinarios que no poseian estos la composicion elemental de una norma como lo es el supuesto y la consecuencia Algunos autores han adoptado una solucion negativa los principios generales del Derecho comprenden todo el conjunto normativo no

formulado de normas o sea aquel impuesto por la comunidad que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre Su característica es que no están enunciados en forma de ley o costumbre Este enfoque está preocupado por el principio en cuanto fuente al lado de la ley y la costumbre (Tovagliari 2016 pag 23)

Hoy por hoy lo reconocen la doctrina y las legislaciones los principios son normas y hasta los constitucionalizan Ahora bien ese proceso de Principialización o proceso principal o de que esos principios sean llevados a proceso de positivización de norma jurídica consta de dos fases según Valencia Restrepo La primera externa objetiva o material consiste en la preexistencia de un valor bilateral social fundamental ¹⁵ La segunda fase la interna subjetiva o formal es la aprehensión del valor bilateral social fundamental por parte de los sujetos los destinatarios de la norma principal aprehensión generadora de la convicción de obligatoriedad coercible de aquel valor La aprehensión o conocimiento del valor bilateral social fundamental se lleva a cabo por medio del método de intuición emotiva sentido común

La justificación de que hoy sean considerados los Principios Generales del

¹⁵ Valencia Restrepo Hernán Nomoarquica Se le califica de externa objetiva o material debido a que tal valor antes de convertirse en norma principal debe ya existir en la sociedad que no lo ha creado Su creador es el legislador moral o Dios quien lo ha escrito en el corazón de los humanos Es decir el valor bilateral social fundamental existe con independencia de los sujetos o destinatarios de ese valor El ser o la existencia del mismo no depende de los sujetos que lo van a aceptar o rechazar Ahí radica su objetividad y por lo tanto la del proceso principal (pag 78)

Derecho como normas nos las ofrece el Dr Valencia Restrepo

El principio como resultado del proceso creador o la norma principal misma es definido así NORMA JURIDICA FUNDAMENTAL TAXATIVA UNIVERSAL TOPICA AXIOLOGICA IMPLICITA O EXPLICITAMENTE POSITIVA QUE SIRVE PARA CREAR INTERPRETAR E INTEGRAR EL ORDENAMIENTO (Valencia Restrepo H 1996)

En cuanto a la naturaleza del principio como norma jurídica señala Valencia Restrepo que se da en tres (3) supuestos El primero que tiene un supuesto y una o varias consecuencias y textualmente nos dice

En los principios el **supuesto** (hipotesis de cuya realizacion de penden las consecuencias) *siempre es expreso si bien con mucha frecuencia de un modo supremamente generico general* No en vano los principios son universales o generales por oposicion a todas las demas normas que siempre seran menos generales que ellos Aquellas son particulares con respecto a los principios

Traiganse a cuento los principios de la buena fe y el abuso del derecho en que apenas si se sugieren los supuestos correspondientes cuales son (explicitandolos y especificandolos) por una parte que toda persona debe obrar lealmente en el cumplimiento de sus compromisos juridicos (con la conviccion de no estar violando derecho ajeno alguno) y esperar que las demas se comporten para con ella de la misma manera y por otra que todo titular de un derecho debe ejercerlo o abstenerse de hacerlo sin causar perjuicios a nadie

En lo tocante a las **consecuencias** (constitucion modificacion o extincion de derechos y obligaciones) estas en los principios se encuentran *casi siempre tacitas demasiado tacitas* si se quiere

Segundo argumento Toda la funcion o todo el papel de las normas no principales estriba en señalar conductas de la interferencia intersubjetiva o en regular caso

En tal orden de ideas las normas no principales ofrecen a los operadores juridicos (las tres ramas del poder publico) los criterios a los cuales deben ceñirse en el ejercicio de su competencia p

/Pues bien los principios desempeñan el mismo papel o la misma función ante los operadores jurídicos o las tres ramas del poder público regulan casos p

Por último señala como Tercer argumento de la naturaleza normativa de los principios que un principio es una norma jurídica que en casi todas las Cortes de casación americanas y europeas se establece que la violación de un principio es una violación de una norma de derecho sustancial y en consecuencia la violación de un principio constituye una causal de ese recurso extraordinario ¹⁶

Otra de las características que sustentan la naturaleza jurídica del Principio o de los principios generales de derecho como norma es su taxatividad Y en ello afirma Valencia Restrepo que

Los principios son normas taxativas porque en su observancia están interesados o comprometidos el bien común el orden público y las buenas costumbres los tres pilares principales o fundamentales de la sociedad De ahí que no se permita su derogatoria ni su modificación por convenios entre sus destinatarios (cfr e e Colombia no art 16)

Adviértase que el bien común el orden público y las buenas costumbres se encarnan en los principios que son los valores (religioso morales filosóficos políticos económicos y en fin culturales) constitutivos de los fundamentos necesarios de la convivencia social En consecuencia es ilícito derogar o modificar por acuerdo entre particulares las normas taxativas porque con tal conducta se suprimirían o alterarían los propios fundamentos de la sociedad y esta se desmoronaría de inmediato

Toda norma taxativa o es un principio o es la aplicación de un principio

Por ejemplo el contrato sicarial que se celebra entre una persona que se obliga para con otra a pagarle una suma de dinero para que el

segundo mate a alguien conforma una violacion de una norma taxativa porque atenta contra un principio o valor cual es la vida o el respeto debida a la misma (Valencia Restrepo H 1996)

En tercer lugar afirma que Los principios son normas implícitas o explícitamente positivas Para entender la cuestion debemos remitirnos a la nocion de positividad atributo esencial y peculiar de las normas juridicas en virtud del cual son promulgadas por una autoridad y por esta misma dotadas de coercibilidad La positividad puede ser explicita o implicita

En cuarto lugar que sustenta para elaborar la naturaleza juridica de los principios como normas desde el punto de vista juridico señala Valencia Restrepo que Los principios sirven para crear interpretar e integrar el ordenamiento El derecho se presenta con el rasgo peculiar de regular su propia elaboracion comprension observancia ejecucion modificacion carencia y derogatoria

Asi la funcion creativa prescribe como se debe proceder para la elaboracion modificacion y derogatoria del derecho la interpretativa para su comprension observancia y ejecucion y la integrativa para su carencia

Las tres funciones principales en efecto constituyen tal mecanismo el que tiene el derecho para autorregularse o controlarse a si mismo y para evitar tanto las arbitrariedades como el subjetivismo en la creacion interpretacion e integracion del ordenamiento toda vez que los principios por ser los valores fundamentales y bilaterales vigentes en la sociedad se erigen en entidades absolutamente objetivas

En cuanto a los elementos de la definicion dada por Valencia Restrepo de los Principios como Fundamentales Universales Topicas y Axiologicas que

forman parte de la naturaleza filosofica de los Principios como normas como Fundamentales porque resultan la plataforma que declara de los mismos que son primerisimos que constituyen el cimiento sobre los cuales descansa el entero edificio del derecho objetivo En cuanto a la Universalidad porque sirve para crear interpretar e integrar todo el ordenamiento o una o varias ramas de el Topicas o lugares comunes de derecho porque encuentran su apoyo para varias ciencias señalando el autor citado que la justicia para las ciencias religioso etica y juridica cambian porque trabaja con juicios de valor o deber ser lo proteico Y por ultimo axiologico los principios son normas axiologicas como cualquier norma juridica presuponen de manera ya expresa ya tacita un valor en que ellas se fundan y que por ellas debe realizarse (Valencia Restrepo p 21)

Si bien Valencia Restrepo argumenta y sustenta en esta definicion que los Principios son normas juridicas con sustentos tanto objetivos como ius filosoficos y de la concepcion del Principio como Norma se desprende su funcion o su ratio que en lineas anteriores se mencionan directamente como de Creacion Interpretacion e Integracion del ordenamiento juridico y que ha tenido univocidad en la Doctrina ya que tanto los constitucionalistas como los civilistas convergen en considerar que las funciones de los principios son creativas interpretativas e integrativas Sin embargo el Constitucionalista Lorenzetti citado en Tovagliare les añade otras

funciones como finalísticas delimitadora fundante

La función de creatividad de los Principios permite que los principios se conviertan en fuente material y formal por excelencia del ordenamiento en su fuente primigenia o primordial pues que ellos preceptúan los requisitos de fondo y forma que la Constitución la ley la costumbre y los mismos principios deben llenar para ser fuentes jurídicas dice Valencia Restrepo que nos parece una función similar a la que denomina Lorenzetti como función fundante porque ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento que al igual que Guastini en el pensamiento jurídico común cada ordenamiento incluye una serie de valores o principios axiológicamente supremos los cuales confieren justificación y congruencia a todo el ordenamiento (Tovagliari 2016)

En cuanto a la función interpretativa sabemos que como fuente formal principal y fuente formal subsidiaria su actuación en este caso se fundamenta en la hermenéutica tanto de aplicación mediata como inmediata y más en los casos de lagunas contradicciones entre normas y hasta conflictivas de los mismos principios Afirma Tovagliari que esa función habilita a subsumir el caso en un enunciado amplio Ayuda al intérprete a orientarse en la interpretación correcta adecuándola a los valores fundamentales

Y en ese orden de ideas reconoce Prieto Sanchis citado por Tovagliari (2016 p 34) que

la función interpretativa de los principios ayuda a resolver en un sentido antes que en otro las dudas que puedan existir sobre el significado de una determinada disposición legal es decir a la hora de optar entre diversos significados la existencia de un principio obliga a preferir la solución que resulta más acorde con el desechando aquella otra que se aparte o resulte menos fiel a su sentido

Los principios como tales son los orientadores de la labor interpretativa Y en cuanto a la función de integración del ordenamiento es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento dice el Doctor Tovagliare En ese sentido dice Valencia Restrepo que su función opera cuando El organismo que va a colmar el vacío de la ley (constituyente legislativo ejecutivo jurisdiccional u órgano inferior de producción jurídica al ir a crear la norma integradora debe observar primero los valores bilaterales vigentes en la sociedad que están contenidos en los principios para inspirarse en ellos dice Josef Esser citado por Valencia Restrepo

Luis Vigo citado por Tovagliare a través de esta función los principios proporcionan criterios conforme a los cuales resolver un problema jurídico que no tiene regulación normativa es decir en caso de laguna jurídica En efecto dice Pla Rodríguez (1998) en Los principios del Derecho del trabajo citado por Tovagliari (2016) en efecto tal función se activa una vez que ha fracasado la actividad interpretativa

Ahora bien si hemos aceptado que los principios son normas jurídicas y que en las Constituciones modernas han sido consagradas como derechos humanos constitucionalizados o derechos fundamentales como

descubrimos ese principio y su modo de aplicacion dentro de las relaciones juridicas privadas

2 3 7 2 Descubrimiento del Principio

En 1908 Cruet se pregunta ¿Donde estan los principios? y llevando las cosas a un plano de ironia ya bastante despectiva recuerda que alguno ha llamado a los principios y a las teorias juridicas los pollos sagrados del magistrado moderno haciendo referencia a los augures romanos de los que se cuentan que mediante habiles maniobras lograban hacer anunciar buenos sucesos a las entrañas de las aves (Soler 1962)

Aunque esta en una posicion de negacion de la existencia de los principios tanto los a priori como los materiales necesarios o los despues llamados principios generales del derecho Lo que queremos dejar por sentado es lo que agrega (Del Vecchio 1933) que **el metodo para descubrir los principios generales del derecho consistiria en ascender, por via de abstraccion de las disposiciones particulares de la ley a determinaciones cada vez mas amplias continuando en esa generalizacion creciente hasta llegar a comprender en la esfera del derecho positiva el caso dudoso** (El sombreado es nuestro) El deja por sentado claramente que el legislador lo que hace es que el Juzgador vaya a la norma positiva primeramente en caso contrario acudir a las disposiciones similares o materias analogas y solo en ultimo termino es decir cuando esta segunda hipotesis tampoco se cumpla le remite a los principios generales del derecho Del Vecchio p 10 Y dice **Es, por**

tanto facil percibir que con esto el legislador no ha intentado realmente señalar como y donde se deben buscar los principios generales del derecho, sino solo precisar el orden de aplicacion de los mismos, o sea las condiciones de su entrada en vigor ”

Resulta interesante que para Hernan Valencia Restrepo los principios no son creados sino descubiertos En ese sentido se encuentra de acuerdo con Legaz Lacambra y Garcia Valdecasas que han probado en forma del todo irrefragable como el derecho en tanto que el ordenamiento o ciencia no hace mas que descubrir los principios que de ninguna manera crea (p 459)

Reafirma que

un principio no esta vigente desde el momento en que es descubierto por un organo estatal o por la doctrina sino que lo esta desde su creacion o mejor desde su recreacion (puesto que se trata de los primeros principios los cuales han sido creados por Dios y por El grabado en el corazon de los hombres) por parte de la comunidad o sociedad que lo ha establecido o practicado como un valor bilateral suyo Al obrar así la comunidad que es un organo extraestatal ha dotado al principio de una positividad implicita (Valencia Restrepo H 1999 pag 459)

Sin embargo creemos que la positivizacion de los principios viene a darse por la labor difusora de la doctrina siendo los autores nexos autorizados de la comunidad

Ahora bien lo que si es relevante al definir los principios para determinar que constituyen en la sociedad y para que nos sirven nos lleva entonces a

las vías en que se pueden descubrir los mismos. El autor citado Hernán Valencia Restrepo hace una abstracción de la constitución de los principios para entonces iniciar con el método o vía del descubrimiento.

Los principios constituyen los valores bilaterales fundamentales vigentes en una sociedad de donde son descubiertos por los juristas (vía doctrinal) o por los órganos estatales (vía legal y jurisprudencial) para crear, interpretar e integrar el ordenamiento. P. 311

En realidad, nosotros creemos que los principios son la materialización normativa de los valores bilaterales fundamentales vigentes.

2.3.7.2.1 **Metodos para Descubrir el Principio**

La historia de los principios, como tales, nos pueden dar luces de su descubrimiento, primeramente, porque en el Derecho antiguo se hablaba de Reglas, en la Edad Media de Brocardos y actualmente se le denominan Principios generales del Derecho, pero entre uno y otro tiempo, o uno y otro concepto, no cambia ni se vuelven embolismáticos, sino que refuerzan esa proporción de no dejar de ser Principios, y en términos jurídicos, principios generales del Derecho. Sin embargo, en ningún contexto hace referencia a la manera en como se van a encontrar los principios.

Como todo trabajo, a la luz de las investigaciones científicas, nos llevarán a partir de un método, en especial el método científico. Pues bien, en el terreno de los Principios, precisando Valencia Restrepo, los Principios se obtienen mediante la aplicación de tres métodos: Deductivo, Inductivo y Emotivo-Sentido. Sin embargo, señala que los métodos que han de

emplear para obtener los principios para aplicarlo a un caso concreto son dos A) El inductivo B) de intuición emotiva sentido común Y establece que para aplicarlos a un caso concreto en orden de crear interpretar e integrar el derecho solo se deberá echar mano de uno el deductivo (p 311) Este último por el uso del silogismo

El autor Valencia Restrepo al citar a Jose Luis Arangurem en su obra *Ética y Política* (1963) comenta y aclara que no se trata que estos métodos sean rígidos en su aplicación o sometidos a la lógica formal sino que serán combinados con otros procesos tópicos axiológicos y sociológicos (pertenecientes a la lógica de la razón práctica y más exactamente a la lógica de la razón práctica de las relaciones intersubjetivas

Puntualiza que tanto el método deductivo inductivo y de intuición emotiva en la razón práctica más que en los procesos lógicos ya que en estos últimos se omite la comprobación objetiva de los mismos o sea de las premisas y de la conclusión se forman operaciones puramente formales carentes por lo tanto de valor científico p 311

2 3 7 2 1 1 Diagnostico pre Descubrimiento Metodologico

Considera Valencia que hay un requisito previo al empleo de los métodos buscar el principio en las normas particulares Cuando se trata de obtener el principio con el cual haya de crearse interpretarse e integrarse el derecho lo primero que se debe hacer es buscarlo en una norma particular del ordenamiento

la cual contenga aquel de una manera expresa Esa norma particular contentiva del principio sera una norma explicitamente positiva p 312

Es decir como una primera regla debemos buscarlo en el ordenamiento juridico en la rama del ordenamiento juridico a la cual habra de pertenecer la norma que se va a crear interpretar o integrar p 312 Menciona el autor colombiano Valencia Restrepo que los principios hallados en las normas particulares o normas particulares principales son primeramente los legales Estos principios legales pueden ser tanto los Constitucionales como los consagrados en la norma infraconstitucionales delCodigo Civil y como ejemplo de los Constitucionales el debido proceso eficiencia universalidad solidaridad buena fe no abuso del derecho equidad reciprocidad conveniencia nacional igualdad moralidad eficacia economia celeridad imparcialidad publicidad descentralizacion delegacion desconcentracion equidad eficiencia economica valoracion de los costos ambientales coordinacion concurrencia subsidiaridad progresividad en el Codigo Civil colombiano especificamente el articulo 768 contiene la buena fe o el Codigo de Comercio en no abuso de los derechos el enriquecimiento torticero buena fe

En tanto que los principios hallados en la Jurisprudencia detalla Valencia Restrepo la imprevision en los contratos la teoria de la apariencia el fraude a la ley la simulacion el error de derecho el error de los moviles la responsabilidad civil extracontractual la teoria de la causa

Si mediante este pre momento no se logra descubrir principio alguno entonces se pasa a la siguiente al empleo del metodo inductivo

2 3 7 2 1 2 Descubrimiento mediante el metodo inductivo

Wroblewsky (1962) citado por Luis Vigo reconoce que los llamados principios son normas que en razon del lugar que ocupan en la estructura jerarquica normativa funcionan como fundamento de otras normas Sin duda los principios generales del derecho en la medida en que efectivamente informan el ordenamiento juridico son principios positivizados (Vigo 2012) Obviamente al ser reconocidos en la norma estos se van a inferir por induccion ya que se encuentran explicitos en las normas y es lo que señala Valencia Restrepo que se logra extrayendolo mediante un proceso de generalizacion creciente o progresiva en que consiste el metodo inductivo señalando que de las normas que se extrae son asimismo explicitamente positivas

El metodo inductivo nos regala la posibilidad de advertir en la norma particularmente explicita extraer el principio que va ser el que nos lleva al principio general de donde fue extraido Luego entonces si las sumas de las premisas dan como resultado un principio general entonces hemos encontrado el mismo a traves de ese metodo Los ejemplos de estos principios obtenidos inductivamente dice Valencia Restrepo (1999) el enriquecimiento sin cause la teoria de la apariencia segun el derecho civil colombiano

2 3 7 2 1 3 Descubrimiento mediante el metodo de intuicion emotiva Sentido Comun (V Restrepo, p 314)

Este es el metodo mas controversial para el Derecho Pero es que el mismo ordenamiento juridico al no proveer que mediante normas particulares se logre extraer el principio sea porque no esta explicito o porque no se puede abstraer

por induccion entonces el autor citado propone el empleo de la Intuicion emotiva y el sentido comun Veamos cada una

La intuicion emotiva o evidencia intuitiva afirma Valencia Restrepo es una parte de la fuente de conocimiento o criterio de verdad que se llama evidencia cuyo otro componente es el discurso o evidencia discursiva (p 314)

Advierte Valencia que el criterio de la evidencia proviene del entendimiento que comprende la inteligencia cuya funcion es la intuicion y la razon cuya funcion es el discurso Para Luis Recasens Siches en Valencia Restrepo (1993) la intuicion sensible o precepcion es la aprehension directa de objetos reales () La intuicion espiritual es una intuicion de segundo grado que importa tanto para el cientifico como para el filosofo (p 315) Ambas intuiciones estan contenidas en el ser en el alma y el espiritu y son las que hacen que el hombre tenga tanto esa esencia donde se contienen los valores que se traducen en principios extrinsecos Es alli en el lugar del espiritu del hombre donde esta arraigada la conexion con las verdades universales con los principios eternos que se traducen en el ambito fisico a traves del traductor del alma del hombre donde esta el sentido comun o el sentido de esa logica que lo llevara mediante una verificacion a extraer el principio Plantea Valencia Restrepo que Para que el sentido comun sea reputado una fuente de conocimiento o criterio de verdad debe llenar tres exigencias

- 1) Que el principio aprehendido por el sentido comun se refiera a una necesidad elemental de la vida sensitiva intelectual o moral En la vida moral se debe ubicar el derecho que es una parte de ella (Alexy citado por Valencia Restrepo)

- 2) Que el principio en cuestion goce de asentimiento universal es decir que haya asentido o asiente a el la mayoría de los hombres pertenecientes a un determinado conglomerado social y a una dada epoca los cuales se hayan hallado y se hallen en el normal uso de razon Por esta exigencia el sentido comun es un criterio de verdad eminentemente sociologico e historico a la vez se constituye en la base de los topicos o lugares comunes (Alexy p 227 citado por Valencia Restrepo p 317) y permite una verificacion empirica de un principio que se ha obtenido por intuicion emotiva Subrayese muy fuertemente esta idea Por verificacion empirica de un principio se ha de entender que por medios meramente experimentales como metodos cuantitativos v gr unas estadisticas unas encuestas un muestreo unos sondeos de opinion entrevistas u otros trabajos de campo se puede comprobar la existencia de un principio o valor o la existencia del principio contrario o antivalor en una dada sociedad y en un cierto tiempo
- 3) Que el principio de que se trata pueda someterse con exito a la critica o examen de la razon Sobre todo por esta exigencia el sentido comun no puede ser tildado de ingenuo como quiera que debe someterse a un enjuiciamiento racional riguroso (p 317)

2 3 7 2 1 4 El Metodo Deductivo

Es este metodo el unico metodo para aplicar los principios en la creacion interpretacion e integracion del derecho es la deducccion (Valencia Restrepo H pag 326) (El subrayado es nuestro) ¹⁷

¹⁷ Porque este metodo va de lo universal a lo particular y si los principios siempre son universales generales abstractos leyes y causas por una necesidad esencia y obvia para que dentro de ellos quepan lo menos universal lo particular lo especial lo concreto los fenomenos regulados y los efectos producidos todo esto de manera igual a como la parte cabe dentro del todo Es en otras palabras de la norma general y abstracta a la norma que se aplica al caso particular y concreto norma esta ultima que llega a ser ella misma caso particular y concreto Es lo que llamados otros la suprema ley juridica de la subsuncion o subsuncion del caso en la norma La deducccion es el medio para llevar a cabo ese transito o esa subsuncion sin embargo es el metodo para aplicar pues este no sirve para obtener principios sino para aplicarlos

Una vez aplicado el metodo dependiendo del caso en concreto tendre que plantearme cual via tomar para obtener el principio dependera de la naturaleza implicita o explicita del principio si el principio aparece de manera explicita sera legal o jurisprudencial y si esta implicito tendra que ser descubierto via doctrinal en este caso sera mediante la intuicion emotiva y sentido comun

2 3 7 3 Vias para Descubrir el Principio

La solucion que propone Valencia Restrepo descubriendo el principio mediante las vias **sean legales, jurisprudenciales y doctrinales** permitiran determinarlos con la maxima certidumbre (El sombreado es nuestro) p 461

Asi, **la via legal** se da en dos supuestos

- a) Cuando constituyentes legislador ejecutivo y organos menores de produccion juridica (como asambleas departamentales concejos municipales gobernadores alcaldes) hayan formulado de manera expresa determinados principios en normas particulares Son estas las normas particulares principales
- b) Cuando constituyente legislador ejecutivo u organos menores de produccion juridica no hayan formulado de manera expresa determinados principios mas se los puede obtener por induccion de las normas particulares Son esta las normas particulares no principales

En el caso a) encontramos en el sentido mas estricto o en el pleno sentido de las palabras disposiciones constitucionales legales administrativas como cualesquiera otras que tengan esta indole Y en el segundo supuesto las normas de las cuales vienen inducidas las que constituyen normas explicitamente positivas (Valencia Restrepo H 1999 pag 461)

Estos principios son la ley y estan en cada una de las ramas del derecho Constitucional (Politicos regimen preambulo de la democracia participativa Estado de derecho del sufragio universal y secreto) Administrativos (como la division del Estado) Fiscales (sistema tributario fundado en los principios de equidad eficiencia progresividad e irretroactividad) en Derecho Penal (legalidad debido proceso presuncion de libertad habeas corpus) en Derecho Probatorio (de la lealtad de la contradiccion De la publicidad de la libertad de la inmediacion de la igualdad de oportunidades) En el Derecho Ambiental (Prevencion y restauracion ius publicista integracion) En el Derecho Internacional Publico se encuentran La Carta de la Organizacion de las Naciones Unidas con normas principales como Respeto a los derechos humanos Dignidad y valor a la persona humana igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas Justicia La Declaracion de los Derechos Humanos en 1948 y la Carta de la Organizacion de los Estados Americanos en su capitulo II consagra principios de derecho internacional la buena fe entre los Estado la Solidaridad entre otros

18

1

1

Esta estudiada via legal es la que da a conocer los principios que han inspirado el ordenamiento (los secundum legem) Y es por ello que forma parte de la aplicacion directa de las normas constitucionales en las relaciones juridico privadas

Ahora bien, **en segundo lugar tenemos la via Jurisprudencial, o el empleo de la via jurisprudencial**

Esta via dice Valencia Restrepo es la que permite a falta del descubrimiento de principios en las normas positivizadas se acude a descubrirlos via jurisprudencial Valencia Restrepo explica que ha de adoptarse cuando las normas principales han sido consagradas por la jurisprudencia de los mas altos tribunales jurisdiccionales (p 474)

Un principio jurisprudencial o bien los principios jurisprudenciales son normas particulares o explicitamente positivas por cuanto han sido positivizados por un organo estatal como lo es la jurisdiccion

Y añade que estos vuelven a positivizarse cuando los jueces los aplican por deducccion a la solucion de un caso concreto esto es cuando se convierten en una norma individualizada que desata la controversia

Estos principios de tipo jurisprudencial representan las fuentes de valoracion juridica en el derecho actual y que ni estan escritos ni la practica los ha solidificado en una norma constructiva formal opina Esser citado por (Valencia Restrepo p 475) y establece que

El precedente no obliga en virtud de la autoridad formal del *stare decisis* sino por la imposición de un principio que en él se afirma. La energía de configuración material de nuestros precedentes se basa en la evidencia del principio, en la conformidad con la opinión común y en su reconocimiento en una práctica constante, no en la autoridad de un tribunal.

Para algunos es considerada la vía jurisprudencial como la que le da forma y substancia a los principios, siendo el más importante instrumento de positivización explícita de los principios, aunque no el único, como cree Esser (Valencia Restrepo H. 1999, pag. 475).

Para Lebrun, citado por Valencia Restrepo, la jurisprudencia no es más que un conjunto de decisiones judiciales concordantes, obtenidas como base en casos análogos, del que se desprende un principio general. p. 475.

Se justifica esta vía, de la que hablamos, porque es misión inherente a toda administración de justicia crear, interpretar, integrar y renovar el ordenamiento, y ello en no pocas ocasiones solo es posible acudiendo a los principios. (Valencia Restrepo H. 1999, pag. 477).

En cuanto a ejemplos de los principios reconocidos por la jurisprudencia, la lista sería interminable, pero la igualdad, el control de la legalidad, el principio de la imparcialidad, el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, el respeto a los derechos adquiridos, nadie puede ser condenado sin ser oído.

Ahora bien, la vía doctrinal es la vía que se denomina de las normas implícitamente positivas. Ella, considerada también como la científica o académica, se ha de emplear cuando el aplicador jurídico (administrador o juez) no haya

podido interpretar el derecho o llenar la laguna con principios legales ni jurisprudenciales porque no los hay p 401 Es decir el aplicador jurídico debe tomar sus criterios materiales de valor del ámbito prepositivos de los principios de la ética jurídica y de la convicción general la *eudoxa* o en terminología del Common Law de la public policy y el common sense (Valencia Restrepo H pags 401 402)

Es importante resaltar que en lo que respecta a la vía doctrinal es claro que

se erigen en antecedentes históricos de la contemporánea vía doctrinal los principios no recibidos o no recogidos en cuerpos legislativos o jurisprudenciales pero no descubiertos y enunciados por la Sagrada Escritura filósofos moralistas retóricos teólogos poetas y juristas de las Edades Antigua Media y Moderna como Cicerón Seneca San Agustín San Isidoro de Sevilla San Jerónimo San Bernardo Santo Tomás de Aquino los glosadores comentaristas canonistas Ramo Llull San Raimundo de Peñafort Vico Bacon Suárez Vitoria Grocio Leibniz Spinoza Feuerbach etc

Valencia Restrepo también considera que dentro de los antecedentes históricos de la vía doctrinal tenemos a los juristas romanos (como Quinto Mucio Escevola Salvo Juliano Gayo Papiniano Paulo Ulpiano) cuyo conjunto de escritos se conoce en el derecho de la Urbe y en la romanística como el rotulo de jurisprudencia porque el único medio con alguna que otra excepción a través del cual aquellos escritos han llegado hasta nosotros es la Codificación Justiniana o Corpus Iuris Civilis y su parte más importante el Digesto o compilación de los escritos doctrinales

Teniendo esta plataforma principalística para llegar a aplicar directamente la

norma constitucional en las relaciones jurídica privadas partiremos en el capítulo siguiente de dos supuestos para determinar dicha aplicación en primer lugar en los casos de laguna jurídica en caso de vacío normativo y en el caso de conflicto de normas Ya en la jurisprudencia Española tanto como en Latinoamérica encontramos avances sustanciosos en la aplicación directa de las normas constitucionales en las relaciones jurídico privadas y veremos como se lograría la aplicación directa de las normas constitucionales en los albores de nuestra madre tierra Panamá

2.4 Enfoques de La Teoría de la Drittwirkung der Grundrechte Directa o inmediata en el escenario de España, Colombia, Chile, Ecuador Uruguay, Perú

La aplicación directa de las normas constitucionales en las relaciones jurídico privadas no está alejado de la doctrina en diversos países tanto de los continentes europeos y latinoamericanos como España Colombia Chile Uruguay Ecuador Perú Veamos su normatividad tanto constitucional como legal y algunas reconocidas a nivel jurisprudencial Algunas veces la teoría es desarrollada en la Constitución otras en el Código Civil ya sea de manera literal por la preferencia de la norma constitucional o principios de derecho constitucional o generales del derecho y por medio de la hermenéutica y otras veces se propaga en los fallos jurisprudenciales de las Cortes Constitucionales que insta al Juzgador primario a evaluar normas y principios constitucionales en las relaciones de tráfico privado en las que se vean vulneradores los derechos del hombre pro homine de la

libertad o de su intimidad es decir en sus relaciones privadas o donde estan protegidos la autonomia de la voluntad de las partes

2 4 1 España

España reconoce en la Constitucion de 1978 en su articulo 53 1 que todos los derechos y libertades reconocidos vinculan a los poderes publicos Desde hace varios años España se ha hecho eco de la aplicacion directa de normas constitucionales en las relaciones juridico privadas o bien la teoria de la *Drittwirkun der Gruentche* de forma directa Veamos el fenomeno

En España si bien la Constitucion de 1978 no recogio de manera expresa la eficacia horizontal de los derechos fundamentales el Tribunal Constitucional español la reconocio tempranamente en sus primeras sentencias (Anzures 2009) en La eficacia horizontal de los derechos fundamentales Cuestiones constitucionales

Cita Jose Anzures a Naranjo quien en su articulo sobre los limites de los derechos fundamentales que

La Constitucion Española no contiene un articulo en el que se reconozca claramente la eficacia horizontal de los derechos fundamentales como si lo hacen la Constitucion de Portugal de 1976 en su articulo 18 1 que reza los preceptos relativos a los derechos libertades y garantias son directamente aplicables a las entidades publicas y privadas y vinculan a estas o como la Constitucion colombiana de 1991 en cuyo numeral 86 establece la *accion de tutela* como medio de proteccion ante la violacion de los derechos fundamentales cometidas por la autoridad publica o por particulares Pero tambien es cierto que no existe en la carta magna española algun enunciado que prohíba la *Drittwirkung* por lo que resulta necesario hacer una interpretacion armonica de su contenido a fin de deducir la existencia de argumentos que sustenten la eficacia horizontal de los derechos Y de hecho parece haber evidencias mas que suficientes para defender que los mencionados derechos son susceptibles de ser aplicados en las relaciones particulares claro

esta en la medida en que esto venga permitido por su propio significado

La STC 39/1983 de 17 de mayo FJ 2o ha señalado que los derechos fundamentales y libertades publicas que reconoce la Constitucion son de aplicacion directa sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo

Asi tambien el juez ordinario no puede quedarse en el plano de la legalidad ordinaria ha de adentrarse tambien en el plano de la Constitucionalidad (STC 1985 de 27 de marzo Saraza pag 375)

Otro fallo el juez ordinario es el juez natural de la proteccion de los derechos fundamentales mientras que el Tribunal Constitucional tiene caracter subsidiario por lo que el Juez ordinario puede hacer una ampliacion casuistica de la interpretacion del Tribunal Constitucional Por esa posicion subsidiaria al Tribunal Constitucional le correspondiera fijar los minimos y no los maximos de proteccion de los derechos fundamentales (Saraza 373)

Transcribimos como reconoce el Profesor Roncesvalles Barber Carcamo, Titular de Derecho Civil de la Universidad La Rioja en su articulo La Constitucion y el Derecho Civil (2004) ya citado anteriormente desde una primera aproximacion muy general la Constitucion Española de 1978 ha proyectado sobre el Derecho civil tres efectos principales o de principio

1 Una parcial inhibicion del Derecho civil frente al Constitucional en cuanto ya no cabe encontrar en aquel los criterios basicos de ordenacion de la convivencia y las categorias fundamentales del sistema que han pasado al segundo Por consiguiente nuestro

venerable Código y en especial su Título Preliminar ha perdido su carácter casi exclusivo de elemento fundamental en la ordenación jurídica de la nación española a favor de la Constitución

Como contrapartida la visión constitucional de la persona como ser portador de valores que todo orden social debe respetar a partir del reconocimiento de su dignidad en el umbral del fundamental Título I de la Constitución se proyecta sobre los pilares mismos del Derecho civil como Derecho centrado en las relaciones de las personas como tales. De modo que la Constitución ha empujado al Derecho civil a superar con decisión el carácter marcadamente patrimonialista en que la ideología liberal de los Códigos le había dejado sumido para acentuar y redescubrir su vocación personalista precisamente a partir de los derechos fundamentales como pieza básica del nuevo sistema. Lo cual va a obligar al Derecho civil a flexibilizar muchos rígidos moldes de una vieja dogmática en pos de soluciones más modernas y acordes con la realidad social.

2 Una necesaria modificación legislativa en cuanto las normas constitucionales han obligado a adaptar la regulación de muchos preceptos civiles. El Código por tanto ha resultado profundamente alterado y no solo en su contenido sino también en su filosofía técnica en cuanto ha perdido la vocación generalista bajo la que se gestó dada la actual proliferación de Leyes especiales en materia civil. Esto último ciertamente no constituye un efecto directo de la Constitución dicha tendencia legislativa se inició con anterioridad a ella aunque en sus años de aplicación ha resultado vivamente acentuada.

3 El Derecho civil ha debido asumir la incidencia directa que como norma jurídica la Constitución proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico lo cual ha conllevado importantes cambios de rumbo en la jurisprudencia civil para adaptar la interpretación de sus instituciones a los postulados constitucionales. En algunas materias el Tribunal Supremo (y los de rango inferior obviamente) ha debido alterar el sentido de sus declaraciones tras las manifestaciones al respecto del Tribunal Constitucional. Ello no solo ha sucedido en los casos más sonados y conflictivos para las relaciones entre ambos órganos como son los de tutela del honor intimidad y propia imagen donde la controversia entre el Tribunal Constitucional y el Supremo ha llegado a alcanzar tintes de orden público sino en otros que no por no haber encontrado eco alguno en los medios de comunicación dejan de ser trascendentales para el perfeccionamiento de la tutela que el Derecho persigue dispensar a todas las personas. Como muestra un modesto botón en relación con el requisito de consignar que para el ejercicio de los retractos legales exige la ley el Tribunal Supremo seguía fiel a sus

tesis de principios del siglo XX considerando tal consignación un medio solutorio que solo entendía cumplido mediante el desembolso en efectivo por el retrayente del precio de la venta. Obligado el Tribunal Constitucional a pronunciarse al respecto por la vía del recurso de amparo interpuesto por quien consideraba vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por haber visto desestimada su pretensión al haber consignado de forma distinta califica cargado de razón a mi modo de ver la consignación de medio de garantía y considera válida la realizada mediante un cheque conformado o un aval bancario. Lo cual supone adecuar el ejercicio del retracto legal al mismo tiempo a una de las consecuencias que conlleva el derecho a la tutela judicial efectiva y a las prácticas económicas de nuestro tiempo.

En una palabra, junto a la acentuación y redefinición de los valores personales, la Constitución ha obligado al Derecho civil a salir de una especie de letargo dogmático e ideológico que bien pudiera calificarse de autocomplacencia en la herencia de siglos de nuestra disciplina y en los aciertos técnicos del fenómeno codificador para hacerlo realmente servidor de la realidad social en que ha de ser aplicado. Así, la Constitución ha significado la modernización del Derecho civil, sobre todo en aquellos de sus sectores más eminentemente personalistas como son el llamado Derecho de la Persona y el de Familia y Sucesiones, en los que con mayor urgencia y profundidad hubo de acometer el legislador las reformas exigidas por los nuevos postulados constitucionales.

Ahora bien, concluye la autora con una determinante posición del Derecho Civil a pesar de las influencias de las constituciones al elevar muchas de las categorías del derecho civil en ellas, y determina que no quisiera dejar esbozada aquí una perspectiva sombría sobre la incidencia constitucional en el Derecho civil. Todo lo contrario, considero que la Constitución Española de 1978 ha empujado a este a revitalizar y fortalecer su raíz, que es la consideración de la persona en sí misma antes que en sus relaciones patrimoniales (Barber Carcamo 2004).

En España el Código Civil dirige la aplicación del derecho en su artículo 1 al establecer las fuentes del derecho ya que parte primeramente de la ley la costumbre y los principios generales del derecho Y en el numeral 2 del mismo artículo determinan que carece de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior

El Profesor de Derecho Fernando Alonso Echevarría (2011) en su Temario No 22 considera que Debido a la trascendencia jurídica de estas materias la doctrina científica ha llegado a afirmar por ello que este Título Preliminar tiene valor constitucional

Textualmente el artículo 1 del Código Civil Español

Artículo 1 1 Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley la costumbre y los principios generales del derecho 2 Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior 3 La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre 4 Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico 5 Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado» 6 La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley la costumbre y los principios generales del derecho 7 Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido (Código Civil Español Tecnos 2001)

Las normas del Código Civil Español no se pronuncian en cuanto a la aplicación directa de la norma constitucional en el caso de la interpretación si ordena a los Jueces y Tribunales en el numeral 7 del artículo 1 a resolver los casos atendiendo al sistema de fuentes establecido

Aunque es muy importante advertir que el Código Civil Español consagra en su articulado dos principios que denominamos principios generales del derecho y con los que casi siempre nos encontramos en las relaciones jurídico privadas que en medio de una responsabilidad contractual o extracontractual alguien o no actúa de buena fe o está ejerciendo un derecho ilícitamente o abusivamente y es el que está en el artículo 7 que transcribimos textualmente

Artículo 7 Código Civil Español

1 Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe

2 La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con dano para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Tanto el principio de buena fe y el abuso del derecho son propósitos de la protección de los derechos de las personas como derechos subjetivos de su integridad como también de su patrimonio. Esto ya nos lleva a la aplicación directa de normas que son principios que en el caso del Derecho Civil Español está legalizado en el texto infra constitucional actualmente.

Esta situación es clara que para los doctrinarios españoles como el maestro civilista Castan Tobeñas como también De Castro y Bravo en el artículo sobre los principios generales del Derecho cita Jimenez Cano (Cano 1999/2000)) que entre los principios generales del Derecho a los de Derecho natural (Castan Tobeñas 12ª ed 1982 pp 492 493) Como ejemplo De Castro señala que << la concepción jurídica española no permite separar a las normas legales de los principios religiosos y morales y de su finalidad política >> (De Castro y Bravo 2ed 1949 p 417)

Por lo que en ese mismo sentido (Gutierrez Santiago 2011) ha planteado en el artículo de la Constitucionalización del Derecho Civil el rango constitucional de algunas institucionales típicamente civiles en la Constitución Española proclama una serie de principios generales y de valores superiores informadores de todo el ordenamiento (y por tanto también del Derecho Civil) tales como la libertad justicia e igualdad (art 1 1 y 9 2) Y añade aun de la extensa proyección constitucional en el campo civil de ese haz de principios y valores inscritos en la norma suprema también la dignidad de la persona el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás

Empero resalta la Profesora Pilar Gutierrez (p) que

La Constitución contiene algunas normas que si bien trascienden en su alcance el ámbito estrictamente civil es en este donde se halla focalizado su desarrollo piense por ejemplo en las líneas rectoras de la nacionalidad del art 11 CE concretadas luego en los arts 17 a 26 del Código Civil o en la mayoría de edad de la persona (art 12 CN) que es en

el art 315 de aquel mismo cuerpo legal donde aparece fijada. Con todo lo que interesa a quien especialmente poner en evidencia es que la Constitución están presentes algunas materias cuyo contenido corresponde al atribuido tradicionalmente al Derecho civil: cuestiones típicamente civiles como los derechos de la personalidad, derecho a la vida y a la integridad física y moral (art 15) o derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art 18), la propiedad privada y la herencia (art 33), el matrimonio (art 32) o la filiación (art 39 2 y 3), pasando por el derecho de asociación (art 22) y el de fundación (art 34), hasta la protección constitucional de la familia, los menores o los consumidores (art 39 1 y 4 y art 51 CE).

Por lo que en ese sentido todas estas normas vendrían a ser de aplicación directa como normas jurídicas que gozan de plena eficacia en las relaciones jurídicas privadas. Ya desde 1982 el Tribunal Constitucional Español mediante Sentencia de 20 de diciembre en un caso determinó la aplicación inmediata del principio de igualdad ante la ley del art 14CE (en su vertiente de no discriminación por razón de nacimiento) relativa a los derechos sucesorios de un hijo no matrimonial *declarando a tal efecto que los preceptos constitucionales son de aplicación directa sin necesidad de que sean desarrollados legislativamente* (Gutiérrez Santiago 2011 pag 73).

2.4.2 Colombia

En el primer capítulo de nuestro trabajo nos referimos a la historia tanto constitucional como infraconstitucional privada en Colombia dada nuestra vinculación geopolítica y jurídica a través de legislaciones, tratados y separaciones. Aunque ahora nuestros panoramas jurídicos son totalmente distintos en todos los aspectos del Derecho en general.

El autor citado Jorge Parra Benitez (Parra Benitez J La Constitucionalizacion del derecho privado en Colombia 2011) que la jurisprudencia constitucional colombiana ha sido afanosa en punto al entendimiento y aplicacion de muchas instituciones juridicas del Derecho privado Y ha trazado lineas que revelan importantes contribuciones teoricas

Ciertamente en Colombia con la Constitucion de 1886 y elCodigo Civil colombiano recogia en cuanto a la aplicacion del derecho con el sistema de fuentes reconoce que como vemos la Constitucion no menciona implicitamente la derogacion de las normas delCodigo Civil frente a la aplicacion del articulo 4 de la Constitucion de 1991

Igualmente reconoce Ignacio De Otto la teoria de la Drittwirkung der Gruentche asi

El sistema de eficacia directa de la Constitucion significa segun Ignacio de Otto lo siguiente [] que los jueces y en general todos los llamados a aplicar el derecho habran de tomar la norma constitucional como una premisa de su decision igual que cualquier otra norma con las siguientes consecuencias a) dado que la Constitucion es norma superior habran de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional b) habran de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solucion del litigio o en general para configurar de un modo u otro una situacion juridica c) habran de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitucion En otras palabras si la Constitucion tiene eficacia directa no sera solo norma sobre normas sino norma aplicable no sera solo fuente sobre la produccion sino tambien fuente del derecho sin mas

La eficacia directa de la Constitucion significa que se aplica junto a la ley o incluso frente a ella Cualquier juez puede aplicar la Constitucion junto a la ley para interpretar esta o para completarla Asimismo los derechos que la Constitucion reconoce son directamente aplicables por el juez aunque no se encuentren regulados por la ley La eficacia

directa de la Constitución implica reconocer su posición jerárquica como norma suprema

A lo largo de la Jurisprudencia Colombiana como en la Sentencia del Tribunal T 222 de 8 de marzo de 2004 (Parra Benítez J. La Constitucionalización del derecho privado en Colombia 2011 pag 1293) advirtió que no corresponde al juez constitucional entrar a considerar los efectos del contrato existiendo un juez natural para ello (el juez del contrato o de la relación jurídica) pues es parte de la función judicial garantizar la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales de las personas

Advierte Parra que la Constitucionalización directa del Derecho Privado en Colombia se puede mostrar con ejemplos elocuentes en el Derecho de personas en el Derecho de Familia en el de bienes y aun en el de obligaciones y contratos (Kemlemajer 2007 pag 55 citado por Parra Benítez Jorge)

Así señala que Kemlemajer

Por lo que se refiere al Derecho de personas son relevantes la incorporación de la dignidad humana el reconocimiento de la personalidad y los derechos fundamentales. Un análisis serio y sereno de la incidencia de la Constitución en este ámbito del Derecho privado permite concluir que la noción de persona ya no se determina o estructura en su esencia por la idea de capacidad sino por la titularidad de derechos fundamentales. El concepto de persona así fundado se realza por el de la dignidad y por otros derechos por ejemplo la identidad y entre ellos la identidad filiatoria

Para el Derecho de familia vale decir que su objeto mismo aparece en la Constitución 1991 por medio de reglas consagradas en los artículos 42 a 47 que regulan desde la formación de la familia la igualdad entre sus miembros el matrimonio sus efectos protección especial a la mujer a los menores a la tercera edad etc

También el Derecho de bienes tiene lugar en la Carta por la previsión de todo un régimen sobre la propiedad la función de la propiedad sus formas la extinción del dominio la expropiación (artículos 34 58 y 59) Se puede asegurar que el patrimonio se contempla en la Constitución con generalidad pero con claridad se trata sobre lo que es la infraestructura civilista el reconocimiento de la propiedad privada y la delimitación de su concepto o contenido por las coordenadas de la función social y de las leyes (Arce y Florez Valdes 1991)

Y a pesar de que pocas son las disposiciones superiores que de manera directa aluden a cuestiones del Derecho de obligaciones y de los contratos este se incorpora a través de la autonomía privada y de la libertad de contratación respaldadas en los preceptos superiores que versan sobre la iniciativa privada y la libertad de empresa a las cuales se refiere el artículo 333 Otras cuestiones se evocan por excepción por ejemplo en el artículo 66 relativo al otorgamiento de créditos agropecuarios y en el artículo 78 relacionado con el control de calidad de bienes y servicios y la protección de los derechos de los consumidores

Entonces como quedan las normas del Código Civil en cuanto a la interpretación y frente a la aplicación de la Constitución de 1991 en ese aspecto Mario Gerardo Monroy Cabra (2002) La Constitución como fuente de Derecho sistema de fuentes señala que el Código Civil de Colombia o Ley 153 de 1887 en los artículos 4 5 6 7 8 y 13 establecen las fuentes en los que la Costumbre la Analogía la Doctrina Constitucional y las Reglas Generales (artículo 8) así como la equidad la doctrina la crítica y la hermenéutica le servirán para activar o armonizar disposiciones legales oscuras o en congruencia Ya que las normas de ese año no fueron derogadas con la Nueva Constitución de 1991 señala el autor que

La entrada en vigencia de la Constitución de 1991 no dispuso la derogación de estos principios contenidos en el Código Civil sino la coexistencia de distintas regulaciones de fuentes una de rango constitucional y otra de rango legal La doble regulación legal y

constitucional de las fuentes no conlleva ningún problema siempre y cuando se acepte que el sistema legal de fuentes solo es válido si no contradice lo dispuesto en la Constitución

Por ejemplo el término ley que utiliza el Código Civil hay que entender que comprende la Constitución. La costumbre prevista en el Código Civil y no prevista en la Constitución es válida siempre que no contrarie la Constitución

La norma sobre el valor de la jurisprudencia — Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina legal más probable (artículo 10 de la ley 153 de 1887)— hay que entenderla con la interpretación constitucional de esta norma. En efecto la Corte declaró inconstitucional la doctrina legal más probable. Además esta norma hay que interpretarla sin perjuicio del valor de las sentencias de la Corte Constitucional de cosa juzgada constitucional (artículo 243 de la Carta) y teniendo en cuenta el valor del precedente conforme lo ha interpretado la Corte Constitucional en la sentencia C 836 de 2001 a que se hará referencia posteriormente

La fuente de los principios generales de Derecho hay que interpretarla conforme a los principios fundamentales constitucionales consagrados en el título 1 de la Constitución Política de 1991

Por último las normas sobre efectos de la ley en el tiempo y en el espacio deben ser interpretadas conforme a los principios y normas constitucionales sobre irretroactividad, legalidad, favorabilidad, etc.

En conclusión el sistema legal de fuentes contenido no solo en el Código Civil, sino también en los diferentes códigos respecto a las distintas materias, es plenamente válido siempre que no contrarie los valores, principios y normas constitucionales (El sombreado es nuestro) ” (Monroy Cabra M. G. 2002)

Ahora bien si es cierto que el artículo 12 de la ley 153 de 1887 fue derogado

Mediante sentencia de 26 de enero de 2000 la Corte declaró inexecutable el artículo 240 de la ley 4 de 1913. Asimismo declaró inexecutibles las expresiones expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria y ni a la doctrina legal más probable contenidas en el artículo 12 de la ley 153 de 1887. Igualmente salvo las expresiones anteriores resolvió declarar executable el artículo 12 de la Ley 143 de 1887 bajo el entendido de no vincular al juez cuando falla de conformidad con los principios superiores

que emanan de la Constitucion y que no puede desconocer la doctrina constitucional integral en los terminos de esta sentencia

En este orden de ideas es conveniente reproducir lo que el autor considera que concreto esta sentencia constitucional en el ambito de la Hermeneutica Constitucional y Legal dejando una clarificacion de las fuentes

En esta sentencia se establece una jerarquia normativa que emana de la Constitucion El orden que consagra es el siguiente

- a) La Constitucion que es norma de normas segun el articulo 4 de la Constitucion reforzada por el control constitucional adscrito a la Corte Constitucional (articulo 241 de la Carta) y el numeral 3 del articulo 237 referente a la competencia del Consejo de Estado para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional
- b) La primacia de los derechos inalienables de la persona (articulo 5) y de los derechos de los niños (articulo 44)
- c) Los deberes y facultades que segun el articulo 189 de la Constitucion le corresponden al presidente frente a la ley
- d) Los reglamentos autonomos que emanan de la Constitucion y que tienen rango especial (articulos 355 inciso 2 268 inciso 1 246 235 numeral 6 237 numeral 6 y 241 numeral II de la Constitucion)
- e) La Constitucion consagra una jerarquia entre las distintas clases de leyes En efecto existen leyes estatutarias organicas marco y ordinarias respecto de las cuales existe cierta relacion de subordinacion
- f) Respecto de la competencia normativa de las autoridades territoriales dentro del marco de la autonomia que establece la Constitucion las atribuciones que corresponden a los departamentos y municipios deben ejercerse de conformidad no solo con las disposiciones de la Carta sino tambien con las de la ley
- g) La Corte establece Dentro de la amplia gama de los actos administrativos de contenido normativo que incluye las varias categorias

de decretos resoluciones reglamentos ordenes etc la Constitucion no preve explicitamente una relacion de supremacia aunque ella podria deducirse de conformidad con un criterio organico por la jerarquia de las autoridades que las profieran esta si señalada por la Constitucion o de conformidad con un criterio material atendiendo a su contenido para indicar que aquellas normas que desarrollan o implementan otras o las refieren a situaciones particulares se someten a las que pretenden desarrollar De igual manera la Carta omite indicar el orden de prelación entre los actos administrativos emanados de la Administracion y los proferidos por los entes autonomos e independientes Dice que la jerarquia pone de presente la unidad del orden juridico y su armonia y coherencia y de este se deduce la excepcion de ilegalidad

h) La doctrina como fuente de Derecho ha cobrado importancia por cuanto es sustento de numerosas decisiones judiciales La Corte ha dicho que la doctrina constitucional es la misma Constitucion Lo que la Corte ha declarado inconstitucional es la existencia de la doctrina legal mas probable (C 037/00)

i) **En cuanto a los principios generales de Derecho, hay que distinguirlos de los principios constitucionales** Los principios constitucionalizados estan contenidos en el titulo 1 de la Constitucion (articulos 1 a 10) pero los principios generales no constitucionalizados conservan su caracter de fuente de Derecho en ausencia de ley de costumbre y de analogia Como dice M Aragon Reyes La unica diferencia apreciable entre los principios generales constitucionales y los demas principios generales del Derecho seria de indole cuantitativa el Derecho constitucional por la materia politica que regula y por el caracter notablemente generico (y tambien sintetico) de sus normas es mas fuertemente principialista que cualquier otro sector del ordenamiento Es decir en el operaran inevitablemente en mayor medida que en otros Derechos los principios generales (El sombreado es nuestro)

La constitucionalizacion de los principios generales mas fundamentales trae como consecuencia que cualesquiera otros principios no positivizados hayan de estar de acuerdo con aquellos Los principios constitucionales estatuidos en la Constitucion no solo tienen eficacia interpretativa sino tambien eficacia directa

Por tanto los principios generales de Derecho no consagrados en la Constitucion son fuente auxiliar de Derecho y tambien fuente interpretativa de todo el ordenamiento juridico

Interesante resulta la posición de esta sentencia constitucional sobre el orden de las fuentes quedando claro que la Constitución es de aplicación directa y que además de darse fallos de interpretación conforme también los principios constitucionales son fuente pero los distinguen entre constitucionales y generales haciendo la salvedad en lo particular que los constitucionales son aquellos que han sido positivizados en la Constitución y los otros es decir los principios generales del derecho que no han adquirido ese carácter son fuentes auxiliares pero también sirven de función interpretativa del Derecho

Sin embargo contrario a la normatividad civil de los principios de buena fe y abuso del derecho en Colombia encontramos estos principios constitucionalizados por lo que en este sentido resultan de aplicación directa sin necesidad de desarrollo infra constitucional La Constitución de Colombia de 1991 constitucionaliza normativamente el Principio del Abuso del Derecho en el artículo 95 establece que El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades y en el numeral primero de los deberes de la persona y del ciudadano a **Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios** Por lo que en Colombia definitivamente considera una fuente de derecho como ha dicho la Corte Constitucional y este principio se aplica directamente en las relaciones jurídicas tanto públicas como privadas

2 4 3 Chile

Igual que Colombia en nuestro segundo capítulo hemos citado diversos autores que concretizan ese proceso de constitucionalización del derecho civil o el derecho civil constitucionalizado en Chile al igual que las formas en que se aplica directamente las normas constitucionales en las relaciones privadas en los cuales Hernan Corrales Talciani explica que puede ser cuando se aplica directamente o cuando hay situaciones de lagunas jurídicas o bien cuando se presenta contra legem

Si bien nos instruye en aquellas categorías del derecho civil donde la Constitución de Chile ha hecho eco estableciendo que

La aplicación de la Constitución a las relaciones del derecho privado es algo que hoy por hoy no puede discutirse Se sostiene que es posible una aplicación directa sin necesidad de que exista una ley ordinaria que concrete o desarrolle el texto constitucional y también una aplicación extensiva u horizontal los derechos y principios constitucionales no son solo oponibles a los órganos estatales sino también a los particulares ya que estos están también obligados a cumplir las disposiciones de la Constitución En efecto el art 1º inc 4 y el art 6 inc 2 ponen de relieve que la Constitución obliga no solo al Estado sino a todas las personas Por su parte la acción constitucional de protección puede interponerse frente a los actos u omisiones cometidos por particulares en lesión de los derechos

constitucionales protegidos (art 20)

Ademas muchas normas constitucionales tienen incidencia directa en la conformacion del sistema de derecho privado en las distintas areas en las que este se suele dividir Asi

Derecho de la persona Esta pendiente toda una reformulacion del Derecho de la persona sobre la base de la dignidad esencial como valor rector y fundamento de la libertad e igualdad de todos los seres humanos y de los derechos esenciales que emanan su naturaleza y que son anteriores al Estado (art 1o) Otras materias necesitadas de reevaluacion a la luz de la constitucional son la proteccion de la vida en sus diversas etapas y especialmente en las que parece mas debil (art 19 No 1) el respeto a derechos de la personalidad como el derecho a la honra la intimidad y la imagen (art 19 No 4) las personas juridicas y su relacion con el derecho de asociacion (art 19 No 15) Hay en este campo ya una sentencia de la Corte Suprema que declaro la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los arts 559 y 661 delCodigo Civil (sentencia de 16 de septiembre de 1992)

Contratos Es muy relevante para la fundamentacion constitucional de la autonomia privada y sus limites el derecho a la libre iniciativa en materia economica contemplado en el art 19 No 21 de la Constitucion

Bienes y derechos reales En esta sede esta pendiente una armonizacion mejor entre la regulacion de la propiedad prevista en los No 24 y 25 de la

Constitucion y su regulacion en elCodigo Civil y en las leyes especiales
Particular relevancia puede tener para la regulacion de los modos de adquirir el dominio y la clasificacion de los bienes en publicos y privados el derecho contemplado en el art 19 No 23 de la Carta Magna

Responsabilidad civil Son pocos los esfuerzos que intentan integrar los criterios de la responsabilidad por daños con las normas constitucionales Se ha advertido ya que el principio de la reparacion integral y la indemnizabilidad general del daño moral puede desprenderse del derecho a la integridad psiquica de que habla el art 19 No 1

Sucesiones Se trata de un terreno poco explorado aun pero convendria estudiar el respaldo constitucional de la libertad de testar asi como la justificacion de sus limitaciones por medio de las asignaciones forzosas tomando en cuenta la funcion social de la propiedad manifestada en el interes general del Estado de proteger la familia (art 19 No 24 inc 2 en relacion con el art 1 incs 2 y 5)

Familia Toda la regulacion de la familia esta justificada sobre la base de la declaracion constitucional de que ella es el nucleo fundamental de la sociedad (art 1 inc 2) y que el Estado tiene frente a ella un especial deber de proteccion y fortalecimiento (art 1 inc 5) La discusion sobre temas tan relevantes como la imposicion del modelo de matrimonio divorciable la regulacion de la filiacion la adopcion y las llamadas tecnicas de reproduccion

asistida la mantencion de la sociedad conyugal o su reemplazo por un regimen de separacion con participacion diferida en los gananciales tienen su raiz en la forma en que se entienden los referidos preceptos constitucionales

Es evidente entonces que la consideracion de la Constitucion de 1980 puede ser altamente provechosa para una nueva forma de comprension del derecho privado chileno. Pero mas alla de esta evidencia es necesario preguntarse por que vias se hace operativa esta influencia en el quehacer del derecho privado (Corral Talciani H. 2003)

Veamos ahora lo que ocurre en Ecuador

2.4.4 Ecuador

Para el jurista ecuatoriano Richard Gonzalez Davila en su artículo "La Constitucionalización del Derecho Privado y la Acción de protección frente a Particulares" al preguntarse "Pero ¿Qué es la constitucionalización del derecho privado?" Para los efectos de la presente investigación la definiremos como el proceso de modificación que sufren las relaciones entre particulares como consecuencias del deber de observación de los derechos constitucionales por sobre las normas legales que van en contra de los mismos quedando autorizada la intervención del juez constitucional como garante del respeto de los derechos a fin de asegurar su vigencia en caso de ser inobservados.

La Constitución Nacional de Ecuador, tanto en su artículo 11, numeral 3, como en el artículo 426, prevé claramente la Aplicación directa de las normas constitucionales, y sin distinción del servidor que la aplique:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

- 1.....
- 2.....
3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos **serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (El subrayado y sombreado es nuestro)**

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. (El sombreado es nuestro).

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Ya desde el año 2000, la Corte Constitucional Ecuatoriana, ha señalado que no es necesario el desarrollo infra constitucional para que sea aplicada directamente la norma constitucional, como nos cita el Profesor Julio César Trujillo Vásquez

(2004) en su artículo *La fuerza normativa de la Constitución ecuatoriana actual* en la Revista Foro

Además por esta misma razón o sea por tratarse de normas jurídicas de aplicación directa e inmediata las autoridades públicas de cualquier género o especie y nivel en cualquier asunto y no solo en materia de derechos y garantías pueden sustentar sus resoluciones o fallos en los propios preceptos constitucionales (art 273) yes to lo mismo en el caso de que los interesados expresamente soliciten que cuando no lo piden por ignorancia olvido o cualquiera otro motivo no hace falta pues una ley que desarrolle el texto constitucional esta tesis la comparte el Tribunal Constitucional (Caso No 213 2000 RA Gaceta Constitucional No 2)

En cuanto a la aplicación directa de las normas constitucionales de conformidad con estas normas de la siguiente manera según artículo de la Corte denominado Normatividad de la Constitución

La corte se ha pronunciado respecto del principio de aplicación directa en el caso 001 13 SCN producto de un control incidental En dicha sentencia se enuncia de manera general la facultad de los jueces de aplicar de manera directa las normas de la Constitución sin necesidad de que se encuentren desarrolladas mas cuando se encuentre norma a ser aplicada y se considere inconstitucional confirma la necesidad de elevar la causa en consulta

Por otra parte en la sentencia no 102 12 SEP la Corte Constitucional exhorta al juez a quo a resolver la causa que dio origen al proceso de alzada tomando en cuenta para el efecto el principio de aplicación directa de la Constitución

Asimismo una de las sentencias de mayor connotación pública y jurídica ha sido la pronunciada con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería. Esta sentencia (001 10 SIN) que cuanta con efectos erga omnes expresando que los derechos constitucionales no requieren de la interposición legislativa para ser directamente aplicables dejando en claro que todas las normas y actos del poder público deben observar el esquema que marcan los preceptos constitucionales mediante la interpretación sistemática de la Constitución y su directa e inmediata aplicación.

Aunque es necesario establecer que no dejan de evidenciar en su legislación infraconstitucional en los supuestos en que se considera la aplicación de las normas constitucionales. En el Parágrafo 4 del artículo 18 y 19 del Código Civil en materia de aplicación e interpretación de la ley como se observa

INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA LEY

Art. 18 Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgaran atendiendo a las reglas siguientes:

1a Cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede para interpretar una expresión oscura de la ley recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

2a Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias se les dará en estas su significado legal.

3a Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

4a El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes particularmente si versan sobre el mismo asunto.

5a Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.

6a En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural y.

7a A falta de ley se aplicarán las que existan sobre casos análogos y no habiéndolas se ocurrirá a los principios del derecho universal.

Art 19 Cuando haya falta u oscuridad de ley los jueces sin perjuicio de juzgar consultaran a la Legislatura por medio de la Corte Suprema a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran

En ese sentido varios autores ecuatorianos en sus tesis de grado sobre Aplicacion directa de la Constitucion Gustavo Medinaceli y Wendy Maria Vera Rios sostienen que definitivamente la aplicacion directa se da en dos ambitos precisos La laguna legal o vacio normativo infra constitucional y ante conflicto o colision de normas En ese sentido Medinaceli refiere que la Constitucion encuentra aplicacion se configura en aquellas controversias juridicas en las que no exista la posibilidad de encontrar normas infra constitucionales sobre las que se pueda fundamentar la resolucio de un determinado conflicto presentandose vacios normativos en el ordenamiento juridico infraconstitucional Tal supuesto permite que pueda aplicarse directamente la Constitucion ya sea mediante regla o principio constitucional Asimismo determina Medinaceli que en el caso de una colision o conflicto de normas en este sentido señala que se da en varios planos

ante la colision de principios constitucionales la solucion esta destinada a que uno de ellos ceda para la aplicacion del otro produciendose una aplicacion directa de la Constitucion Sin embargo es posible identificar la colision de principios de una manera indirecta suponiendo que la puesta en vigencia o la aplicacion de una regla juridica ocasiona que ingresen en colision dos principios constitucionales en razon a que la regla esta fundamentada en uno de los dos principios colisionando con el otro La colision en un primer plano se muestra entre un principio y una regla juridica infraconstitucional pero el fundamento de esta se neutra en otro principio constitucional produciendo la colision de ambos y registrandose la posibilidad de que la aplicacion de aquel principio conlleve a que esta regla sea declarada invalida inaplicable o se convierta en una relacion de regla excepcion

De esa forma en el conflicto de reglas se dejara de aplicar una regla infraconstitucional para aplicarse la norma constitucional o bien se extendera la interpretacion de la regla en conflicto para extraer una excepcion y en la colision de principios se dejara de aplicar una regla fundamentada en un principio constitucional para ceder la aplicacion de otro principio tambien constitucional

Asi mismo para Wendy Maria Vera Rios citando al Jorge Zavala Egas En el Ecuador los derechos constitucionales no son solo derechos de los sujetos frente al poder sino que estan expresados en normas principios que forman parte del ordenamiento juridico (Derecho objetivo) y vinculan a todas las personas autoridades e instituciones

2 4 5 Peru

En el articulo sobre la Eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas (Mendoza Escalante 2008) quien haciendose la pregunta ¿Como se plantea el efecto de los derechos fundamentales o en terminos de la Constitucion de 1993 de los derechos constitucionales en las relaciones juridicas privadas en el ordenamiento constitucional peruano? ¿Se ha planteado realmente este problema en la Constitucion peruana?

Afirma Mijail Mendoza que Los efectos horizontales de los derechos fundamentales constituyen un problema **de derecho sustantivo la resolucio**
de una controversia de derecho privado en base a derechos fundamentales
o, expuesto, en otros terminos, si los particulares son sujetos destinatarios de

los derechos fundamentales ' El sombreado es nuestro (Mendoza Escalante 2008)

Y continua señalando que

aunque tiene implicancias procesales no es un tema procesal Por el contrario al ser un problema de derecho sustantivo se plantea independientemente del proceso constitucional u ordinario en cuya sede haya sido su planteamiento Es la naturaleza de la controversia la que resulta determinante De esta forma tanto los jueces competentes en materia ordinaria (civil comercial cooperativa laboral) como el juez constitucional o Tribunal Constitucional conocen casos de esta naturaleza (M pag 251)

En Peru la Constitucion Peruana no contiene una disposicion que explicita la eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales pero hay tres disposiciones que señala M Mendoza que permite establecer el efecto directo y que son los que ha empleado el Tribunal Constitucional Peruano como

el principio de dignidad de la persona

el principio de primacia de la Constitucion

la procedencia del amparo contra actos u omisiones provenientes de particulares (Mendoza Escalante 2008 pag 251)

En ese sentido tambien menciona aquellos derechos constitucionales que pueden generar un problema de efecto horizontal en el ordenamiento constitucional peruano que pueden ser Libertad de transito inviolabilidad de domicilio libertad de religion intimidad honor y buena reputacion libertad de expresion libertad de informacion derecho de rectificacion libertad artistica libertad cientifica igualdad libertad de educacion libertad (y derecho) de trabajo

libertad de contratacion asociacion libertad sindical propiedad medio ambiente equilibrado y adecuado Señala que las controversias que surjan de estos cuando haya lesionado cualquier de los derechos antes enunciados y dan lugar a controversias tipicas de efectos horizontales con respecto a Actos juridico sustentados en la autonomia privada sanciones disciplinarias privadas aqui incluye unilaterales bilaterales plurilaterales contratos constituidos por personas juridicas actos administrativos de autoridades privadas o particulares entes corporativos de derecho privado o los empleadores normas privadas estatutos convenios reglamentos actos antijuridicos Actos que devienen en ilegales aun cuando ab initio son manifestacion o ejercicio de derechos fundamentales o legales asi las consecuencias del ejercicio de la libertad de trabajo o dela libertad de empresa con respecto al derecho a la tranquilidad o el medio ambiente el derecho a la seguridad frente al derecho a la igualdad la libertad de transito frente al derecho a la integridad etc (Mendoza Escalante 2008 pags 261 262)

Por lo que no es innovador en el Peru que aunque no exista norma constitucional que ordene la aplicacion directa si existe la Supremacia de la Constitucion como normas de normas organizando en el juez ordinario la proteccion de las relaciones entre particulares bajo la sujecion de los derechos constitucionales o de principios de derechos humanos constitucionalizados

2.4.6 Uruguay

Se pregunta Tovagliari y otros (2016) si ¿Los artículos 16 del Código Civil y 257 y 332 de la Constitución Nacional impiden al intérprete aplicar directamente principios y normativa constitucional?

Se refiere a los artículos 16 del Código Civil Uruguayo y los artículos 257 y 332 de la Constitución de Uruguay los cuales no ordenan o propugnan una aplicación directa sino la misma ley. Veamos la situación jurídica planteada

El Código Civil de Uruguay nos dice

15 Los jueces no pueden dejar de fallar en materia civil a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes

16 Cuando ocurra un negocio civil que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas y si todavía subsistiere la duda se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas consideradas las circunstancias del caso

Y por otro lado la Constitución Nacional de Uruguay en sus artículos 257 y 332 versan así

Artículo 257 A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas

Artículo 332 Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva sino que esta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas

Como hemos mencionado este autor es asiduo defensor de la tesis de aplicación directa de los principios y normas constitucionales en las relaciones jurídicas

privadas por parte del juez ordinario o cualquier otro además deja por sentado que la aplicación no se encuentra relegada a los casos de vacío o laguna legal (Tovagliare 2016). Por ello al hacerse la pregunta anterior refiere precisamente que en la doctrina uruguaya hay un sector que niega la validez y eficacia de la tesis de la *Drittwirkung der Gruentche* sea directa o indirecta sin embargo los que la defienden se plantean las normas del Código Civil y Constitución en referencia a dicha aplicación.

Los opositores a la aplicación directa señala que en el orden jerárquico de las fuentes previsto por el art. 16 del Código los principios ocupan un lugar subsidiario operando en el naufragio de la ley y la analogía (Gamarra 2012). Y el mismo autor establece que el artículo 332 de la Carta que alude al mencionado vacío legal como falta de reglamentación vale decir falta la regulación legal o especificación de los preceptos de la presente Constitución que reconocer derechos a los individuos. Por consiguiente si existe solución legal basta la ley y no se requiere acudir a los principios que figuran mencionados luego al igual que en art. 16 del C.C.

Ahora bien los defensores de la Tesis como Tovagliari y otros contesta la pregunta de la siguiente manera:

En lo que refiere al artículo 16 del Código Civil si bien es cierto que este al regular una de las funciones de los principios generales del derecho específicamente la función integradora establece que al momento de integrar un vacío o colmar una laguna los principios generales del derecho se consideraran en forma supletoria y subsidiaria tal circunstancia que parece clara nada dice

sobre los restantes funciones de los principios aceptadas pacíficamente por la doctrina especializada ni sobre los diferentes grados de eficacia de los principios referidos ut supra

El referido autor señala que el artículo 16 del Código Civil uruguayo

corresponde no perder de vista que dicha disposición normativa está regulando los hipotéticos casos en los que presentan vacíos o lagunas y que por ende antes de llegar a la hipótesis prevista por el artículo 16 del C.C. es necesario recorrer todo un camino de técnicas de interpretación previas. Y es precisamente en esa fase previa que el rol de los principios generales del Derecho resulta preponderante en la medida que estos se rigen como pautas, guías y criterios interpretativos de las disposiciones legales objeto de interpretación.

En ese sentido, una de las autoras que acompaña a Tovagliari, Van Rompaey, destaca en su obra *El rol del juez en la sociedad moderna* la importancia de los principios generales del derecho no solo como fuente subsidiaria en defecto de la Ley (Art. 16 C.C.) sino como elementos informadores del ordenamiento jurídico que son consagrados expresamente por nuestra Constitución (Art. 72 y 332) confiriéndoles jerarquía suprallegal y operatividad directa. Y asimismo, menciona Rompaey que las normas constitucionales constituyen una fuente directa de derechos y obligaciones inmediatamente aplicables por todos los operadores jurídicos capaces de imponerse frente a cualquier otra norma y sobre todo con un contenido preceptivo trascendente de valores, principios y derechos fundamentales.

De lo aquí vertido en cierta legislación comparada, hemos de señalar que los países que hemos escogido no es que han desarrollado una solución total al problema de la aplicación directa de las normas constitucionales en las relaciones

juridicas privadas sin embargo es mucho el desarrollo que tanto la doctrina la legislacion y la jurisprudencia en ellos han evolucionado en el tema y no tratando de subsumir un derecho por otro como establece Corral Talciani de Por dejar la Sola Lex nos vayamos a la Sola Constituto que no resolvera todos los conflictos de derecho civil de los inter privados

CAPITULO III

CAPITULO III ¿PUEDE PANAMA APLICAR DIRECTAMENTE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN LAS RELACIONES JURIDICO PRIVADAS?, ¿EN QUE CATEGORIAS DEL DERECHO CIVIL PATRIO, SERIAN APLICABLES?

El fallo *Luth* demuestra que al caso se le profirió una sentencia con la norma aplicable al caso o bien el artículo 826 del Código Civil Alemán no quedó allí cuando el Tribunal observó que el A quo obvió un derecho fundamental del Señor *Luth* consagrado en la Ley Fundamental alemana 1949 como Principio de derecho fundamental el derecho subjetivo *la libertad de expresión*. Acotamos el extracto del fallo

La Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana de fecha 15 de enero de 1958 dictada en el caso *Luth* declaraba al respecto

*La influencia de los derechos fundamentales como criterios valorativos se realiza sobre todo mediante aquellas disposiciones del Derecho privado que contienen derecho imperativo y por tanto forman parte del orden público en sentido amplio es decir mediante **los principios que** por razones de interés general han de ser vinculantes para la modelación de las relaciones jurídicas entre los particulares y por ende están sustraídos la autonomía de la voluntad. Tales disposiciones por su finalidad están emparentadas con el Derecho público del que son complemento y en especial con el Derecho Constitucional. Para la realización de esta influencia a la jurisprudencia se le ofrecen sobre todo las «cláusulas generales» que como la del párrafo 826 BGB **remiten para el juicio de la conducta humana a medidas metaciviles e incluso metajuridicas**. A la hora de decidir lo que estos mandatos sociales exigen en el caso concreto ha de partirse en primer lugar de la totalidad de las representaciones de valor **que el pueblo ha alcanzado en un determinado momento de su desarrollo cultural y fijado por su Constitución**. Por ello se han calificado con razón las cláusulas generales como los «puntos de irrupción» de los derechos fundamentales en el Derecho civil (*Durig*)*

Casi un siglo después podemos decir una de las razones fundamentales para que se eleve la intervención de la Constitución en las relaciones subjetivas privadas además de ser su carácter fundamental normativo y superior (Escobar

Fornos Aplicacion de los derechos fundamentales en las relaciones privadas
2010) frente a la legislación infra constitucional es que

la sociedad contemporánea globalizada donde la ciencia y la tecnología se desarrollan con rapidez y el conocimiento es la verdadera riqueza han surgido corporaciones asociaciones sociedad monopolio carteles etcetera con gran poder económico que con cierta frecuencia unen al poder económico político social cultural y mediático superiores en algunos casos al Estado los que controlan casi toda la riqueza frente una base poblacional al margen del progreso y los nuevos inventos Este fenómeno produce desigualdad que ponen a esos capitales en posición fácil de violar los derechos fundamentales sino también los poderes privados violación que se produce con frecuencia en las relaciones entre los particulares

Por tal razón surge la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos humanos en las relaciones entre particulares (Escobar Fornos Aplicacion de los derechos fundamentales en las relaciones privadas 2010)

La Drittwirkun der Gruentche indirecta y que para los efectos de nuestro país es aplicable conforme a nuestra interpretación del Código Civil afinada precisamente por las normas de la Constitución Nacional en el artículo 17 en su párrafo segundo añadidura del año 2004 el cual contiene la llamada Clausula Martens o Clausula de Positivización implícita y automática es así conocida internacionalmente Principio según el cual en los casos no previstos por el derecho vigente la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública (Pabon Parra 2016)

Este artículo 17 de nuestra Carta Magna implica que el Estado asegure el respeto a la dignidad humana a la promoción de la solidaridad social e igualdad de oportunidades El Estado que dejó su proclama de la liberalidad protección Estado ciudadano ahora se convierte en un Estado Social que tiene por medio

de este artículo el deber de asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley

El artículo 17 señala el Doctor Julio Lombardo que ya José Dolores Moscote en la redacción de la Constitución de 1941 añadió ese fundamento axiológico al artículo 17 porque se refiere a Valores Superiores o Fundamentales y ' los operadores jurídicos deben estar sometidos a la Constitución y la Ley El artículo 17 de la Constitución establece que los servidores deben garantizar la efectividad de los deberes y derechos constitucionales en la Constitución y que son un mínimo y no son excluyente puede indicar principios derechos y deberes aun cuando no se encuentre en el sistema jurídico vigente (Lombardo 2011)

Y es que nuestro derecho no se puede quedar soslayado a jueces civiles de la categoría de Montesquieu ser boca de la ley hoy los llamaríamos copy page que solo aplican la norma directa que resuelve el litis privada aunque se advierta que puede quedar resuelto en derecho vulnerando alguna de las partes derechos humanos constitucionalizados o bien derechos fundamentales El primer fin o la finalidad de todo el derecho es uno La Justicia que es el Principio máximo En este capítulo queremos dejar sentado que la fórmula de lograr este proceso es a través de la aplicación directa de las normas constitucionales o bien de los principios generales del derecho constitucionalizado que a su vez se traducen en lo que compone el universo del derecho los Principios Es por la aplicación de estos *verbi gratia* los Principios que vamos a encontrar en cada categoría del derecho civil en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre

particulares la posibilidad de obtener fallos no de simples derechos positivizados sino en Justicia en una sociedad democrática

3.1 La Civilización constitucional o Normatividad Constitucional civil

A prima facie reconocemos que las normas constitucionales independientes de las que regulan el Estado son normas con el contenido que encontramos en las categorías del derecho civil y es porque el mismo contiene la regulación de los hombres desde que nace su desenvolvimiento su forma de vida social familia su relación con la tierra que habita en la propiedad su relaciones con sus semejantes iguales o particulares en los denominados negocios jurídicos y hasta después de su existencia física o terrenal. En medio de ello como afirmamos al inicio la idea de su creación era la de mantener la horizontalidad de los mismos y no superponiéndose los unos sobre los otros. Cuando esa situación ocurre cambia el entorno ya el hombre en esa sociedad que se desenvuelve no tiene ni la paz ni la seguridad necesarias para vivir en Justicia. Las exigencias modernas es que en medio de cada categoría del derecho civil que trata de regular la norma sustantiva el hombre desea realizarse cuando pone en manos del aparato judicial sus conflictos.

Esa situación de elevar esas categorías del derecho civil o al constitucionalizarlas para garantizar tanto la libertad en que se desarrollan como la seguridad jurídica se justifica porque los hombres requerimos una justicia equiparada con la equidad como lo sustenta John Rawls tanto en su teoría de la Justicia como en la Justicia como equidad. Porque los principios siempre serán

axiologicos y en ese sentido encontramos lo que llama Valencia Restrepo el binomio justicia equidad de los principios generales del derecho y que la aplicacion debiera contener la interpretacion del juzgador mediante una verdadera argumentacion juridica. Esto no es un paso facil como pasar en el mundo de los espíritus de una dimension a otra sino mas bien un trabajo elaborado que se logra tanto con la abstraccion de esos principios en el interior del juzgador aunque no esten positivizados logra internarse en los metodos y vias para descubrir el principio que esta en la misma esencia del corazon del hombre o en la comunidad para llegar a la decision justa aun en un caso dificil como establece Ronald Dworkin.

Rawls considera que los conceptos de justicia y equidad son identicos y que no hay razon para distinguirlos como para decir que no es mas importante que el otro. Creo que esta impresion es erronea nos dice

La idea de la equidad es la idea fundamental en el concepto de justicia (Rawls)

3.2 El Principio de la Justicia como Equidad, para justificar la aplicacion indirecta o directa de las normas constitucionales en las relaciones juridica privada (O la Teoria de la Drittwirkung del Gruentche)

John Rawls reconoce que el concepto de justicia que el tiene se fundamenta en dos principios el de la igualdad y el de la libertad.

El fallo Luth reprodujo un significado diferente a las relaciones juridico privadas que tienden a llevar a soluciones juridicas con reconocimientos que aseguren que en medio de ellos se da un fallo justo. Sin embargo la formula

de Rawls conlleva una panorámica distinta a la que estamos acostumbrados a ver los conceptos de justicia y equidad. En primer término advierte al interlocutor que

Justicia ha de entenderse en su sentido usual como representando solo una de las muchas virtudes de las instituciones sociales, pues estas pueden ser anticuadas, ineficientes, degradantes o cualquier otra cosa sin ser injustas. No hay que confundir la justicia con una visión omni-inclusiva de una sociedad buena; la justicia es solo una parte de cualquier concepción de ese tipo. Es importante, por ejemplo, distinguir entre aquel sentido de la igualdad que es un aspecto del concepto de justicia y el sentido de la igualdad que forma parte de un ideal social más comprensivo. Puede muy bien haber desigualdades que uno acepta que son justas o al menos no injustas pero que sin embargo por otras razones desearía desterrar. Centrare pues la atención en el sentido usual de justicia en el cual esta consiste esencialmente en la eliminación de distinciones arbitrarias y el establecimiento dentro de la estructura de una práctica de un apropiado equilibrio entre pretensiones rivales.

Agrega que va a estudiar unos principios pero no crean que los mismos serán directamente principios de la justicia sino una familia de ellos. Estos principios expresan la justicia como un complejo de tres ideas: **libertad, igualdad y recompensa por servicios que contribuyan al bien común** (pág. 131) y así mismo señala que el término de <<persona>> ha de interpretarse de forma diferente dependiendo de las circunstancias. En algunos casos significará individuos humanos pero en otras puede referirse a naciones, provincias, empresas, iglesias, equipos y así sucesivamente.

Vamos a reseñar aquí cada principio que desarrolla Rawls pensada en una sociedad democrática (la libertad)

En el primer principio vale por supuesto solo en paridad de circunstancias esto es aunque siempre tiene que haber una justificación para desviarse de la posicional inicial de igual libertad (definida por el patrón de derechos y deberes poderes y responsabilidades establecido por una práctica) y la carga de la prueba corre de cuenta de quien se desvía de ella puede sin embargo haber y a menudo hay una justificación de hacerlo

Continúa Rawls describiendo que justicia solo requiere una libertad igual Para él no hay razón para limitar derechos a no ser que su ejercicio sea incompatible o perjudique la efectividad de la práctica que los define

En el segundo principio que señala la igualdad define que tipos de desigualdades son permisibles especifica como puede dejarse sin efecto la presunción establecida en el primer principio Ahora bien por desigualdades es mejor entender no cualquier diferente entre cargos y posiciones sino diferencias en los beneficios y cargas vinculados directa o indirectamente a ellos tales como prestigio y riqueza o sujeción a imposición fiscal y a servicios obligatorios

El ejemplo que Rawls nos brinda es los cargos que ocupan los que participan en un juego y nadie protesta por sus posiciones igual pasa en los cargos públicos como el presidente senador gobernador y demás Estas desigualdades son permisibles dice el sociólogo pero excluye justificar desigualdades sobre la base de que las desventajas de los que se encuentran en unas posiciones se compensan con las mayores ventajas de los que se encuentran en otra

Señala que estos principios podría uno intentar derivarlos de principios a priori de la razón o pretender que son conocidos por intuición

En cambio ve la justicia como la virtud de las practicas en las que se presupone que existen intereses rivales y pretensiones conflictivas y que las personas van a insistir en sus derechos frente a otras

En ese sentido acota (Cuchumbe Holguin 2003) Jhon Rawls la justicia como equidad esta pensada para una sociedad democratica ya que la sociedad democratica requiere ser concebida como un sistema de cooperacion social constituido por ciudadanos que se conciben como libres e iguales. Ademàs señala que su teoria de la justicia parte de la idea de un acuerdo mutuo entre participantes que interactuar bajo condiciones equitativas de orden constitucional y politico

Señala que cuando Rawls mira la justicia como equidad se basa en ideas como la sociedad como un sistema equitativo de cooperacion una sociedad bien ordenada la estructura basica las personas libres e iguales y el consenso entrecruzado constituyen el conjunto de presupuestos conceptuales

Como ya citamos el sistema equitativo vienen a ser las instituciones pero esas instituciones son producto de un orden natural sobre la base de doctrinas religiosas o principios jerarquicos que se expresan valores de un solo grupo social pero en cuanto a los ciudadanos exige que los mismos comprendan que ni los partidos politicos ni la situacion historica podran limitar sus derechos y libertades acordadas en la Constitucion. Es decir Segun Rawls

el conjunto de instituciones que estructuran a la sociedad esta representado por La Constitución política acordada entre ciudadanos las formas legalmente reconocida de propiedad la estructura económica y la forma de familia institucionalizada Dicho conjunto de instituciones constituye el marco o trasfondo social en donde los ciudadanos adelantan actividades de orden individual o de orden asociativo (Cuchumbe Holguin 2003 pag 229)

Por otro lado la idea de la sociedad ordenada que se refiere la aceptación de ciertas desigualdades sin embargo este ciudadano se ven a si mismo con derechos a presentar exigencias a sus instituciones con animo de promover sus concepciones del bien y por ultimo señala la igualdad equitativa de oportunidades

Y el tercer principio indica que las desigualdades sociales y económicas requieren gobernar por medio del principio de diferencia Es decir en una sociedad en donde existen diferencia en terminos de ingreso y riqueza pero sus integrantes comparten con otros ciudadanos las libertades básicas iguales y las oportunidades equitativas es necesario realizar una distribución de beneficios en función de los menos aventajados sin que ello significa deteriorar las diferencias

Pero cuales son esas libertades que necesitamos que se reconozcan constitucionalmente en una sociedad democrática de ciudadanos libres y en igualdad de condiciones (como seres humanos)

Rawls expresa el primer principio del siguiente modo cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea

compatible con un esquema similar de libertades para todos. Comencemos señalando que el primer principio hace referencia por un lado a determinados derechos y libertades. Y por otro expresa la necesidad de un esquema de garantías constitucionales. Para el caso de las libertades básicas iguales que han de garantizarle a cada persona encontramos:

- a) Libertad de pensamiento y libertad de conciencia
- b) Libertades políticas (derecho al voto y derecho a participar en política)
- c) Libertad de asociación
- d) La libertad e integridad física y psicológica de la persona
- e) Libertad amparada por el imperio de la ley

Con respecto a estas libertades y derechos que nos ofrece Rawls podemos afirmar que tales libertades proporcionan condiciones para el desarrollo pleno de las facultades morales propias de todo ciudadano libre e igual. En efecto, la libertad de pensamiento capacita políticamente al ciudadano para evaluar la concepción de justicia adoptada como parte de la estructura básica de la sociedad. Por otro lado, la libertad de conciencia y de asociación permite al ciudadano desarrollar capacidades para formar y revisar críticamente su concepción de bien. De igual modo podemos señalar que dichas libertades deben estar aseguradas por una Constitución o poder constituyente adecuado e institucionalizado en forma de régimen (Cuchumbe Holguin 2003, pag. 233).

Son estos derechos libertades reconocidos en las constituciones de diversos países que muchos de ellos recogidos después del cambio del Estado Liberal al Estado Social y bien cuando los ciudadanos libres e iguales en medio de actividades propias de los seres humanos que integramos una sociedad también inciden estas libertades reconocidas en las relaciones jurídico privadas o entre particulares. Por ello y siendo nuestra Constitución Nacional como lo dice el Preamble de Estado Social de Derecho, garantizadora de la libertad (que habla Rawls) con estabilidad institucional (que requiere la sociedad) y que exalta la dignidad humana (como principio y de derecho fundamental) y además que

procura el bienestar general (el reconocimiento de las instituciones que buscan garantizar ese bienestar) es decretada y necesitamos se aplique directamente en las relaciones jurídicas privadas

3.3 De la *Drittwirkung der Gruenteche* Indirecta en el Ordenamiento Jurídico panameño

Hemos citado anteriormente los autores que defienden o sostienen la tesis de la *Drittwirkung* mediata o indirecta los derechos fundamentales como se vera vinculan directamente solo al legislador de Derecho privado o al juez cuando resuelve litigios entre particulares (Saraza Jimena 2008 pag 92)

Es decir que para esta teoria no son pues los actos de los sujetos privados sino las normas de Derecho Privado Para la *Drittwirkung* indirecta el reproche ante una infraccion a los derechos fundamentales se situa en el legislador que no ha previsto una norma para el supuesto en cuestion o que ha establecido un precepto inadecuado para regular la proyeccion de los derechos fundamentales en las relaciones privadas o bien se atribuye al juez por no haber interpretado de forma acertada la vigencia de los derechos en ese ambito por no tomar en cuenta los derechos fundamentales a la hora de interpretar las normas juridico privadas que rigen los actos de los particulares En conclusion los mediadores de los derechos fundamentales **seran el legislador o bien el juez, quienes han faltado a su deber de tutela sobre el sujeto de derecho privado** (Ruffert Matthias Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts Habil 2001 p 12 citado por Campos Zamora F 2016)

Se tendria asi que los derechos fundamentales desempeñan distintas funciones segun se analicen los casos del legislador y el juez En el primer caso **impondrian la obligacion de legislar de acuerdo a la Constitucion y sus valores, especialmente en lo que a**

los derechos fundamentales se refiere En el segundo caso, estos tendrían una función interpretativa de doble naturaleza, como directrices o líneas interpretativas hacia el derecho privado, y mediante cláusulas generales, principios jurídicos y conceptos jurídicos indeterminados (El sombreado es nuestro) (Campos Zamora 2016)

Si entendemos entonces por Aplicación indirecta o mediata como el momento en el cual el Juzgador al resolver un conflicto jurídico privado respetando los contenidos esenciales de la Constitución pero sin recurrir directamente a las normas sobre derechos fundamentales La influencia de estos como ya expresamos se hará patente en la interpretación que realice de las normas jurídicas privadas aplicable al caso y más correctamente en el significado atribuido a las cláusulas generales y a los conceptos jurídicos indeterminados que actúan en el derecho privado como límites al principio de la autonomía de la voluntad (Escobar Fornos Aplicación de derechos fundamentales en las relaciones privadas s f pag 2010)

Tanto las constituciones como Ecuador Venezuela Paraguay consagran la Supremacía de la Constitución en su normativa sin embargo La Constitución panameña actual ni ninguna otra que haya precedido ha establecido de manera expresa que la Constitución es la ley suprema del Estado Sin embargo todas las constituciones panameñas han establecido un artículo que al igual que el *Instrument of Government de Inglaterra* establece que quedan derogadas todas las leyes y demás normas jurídicas que sean contrarias a la Constitución (Molino Mola 2011 pag 101)

Afirma y sostiene el Profesor Molino Mola que tanto los artículos 326 como los artículos 217, 1206 y 163 numerales 1 y 6 son contestes en regular el Principio de la Supremacía Constitucional al igual que innumerables sentencias de 18 de abril de 1997 (Pleno), 25 de marzo y 20 de noviembre de 1995 y 8 de agosto de 1996 han procedido a reconocer que uno de los principios en los que se fundamenta nuestro sistema jurídico en la medida en que procura garantizar la adecuación de las disposiciones legales y reglamentaria y los actos de la autoridad a los preceptos y principios de la Carta Magna. Pero no solo la norma constitucional sino también la infra constitucional en lo que a nuestro trabajo se refiere los artículos 12, 15 y 35 del Código Civil panameño el artículo 12 que hace una sistemática preferencia a la norma constitucional cuando la legal sea incompatible los actos dimanados de las autoridades preve el artículo 15 del Código Civil siempre y cuando no sean contrarias a Constitución el único impedimento en este sentido es que estas normas por el control concentrado no son permisibles que la aplique sino solamente en cuanto al control de la Constitucionalidad el Pleno de la Corte y el control de la legalidad la Sala Tercera de la Corte Suprema sobre las normas y actos administrativos. Este sistema concentrado se aplica desde el año 1941 dado que antes se aplicaba el control difuso en el que cualquier funcionario o juez puede dejar de aplicar una norma por inconstitucional o ilegal (Molino Mola pag 103)

Ya antes de esta edición en fallo de la Sala Tercera el exmagistrado Molino Mola ya anunciaba esta situación de cambio de los sistemas de difuso a concentrado así (extracto)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DELO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO PANAMA ONCE (11) DE ENERO DE MIL
NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES (1993)

Es importante señalarle al interesado que la razon de ser de los articulos 12 y 15 del Codigo Civil corresponde al sistema difuso del control de la constitucionalidad y de la legalidad que rigio desde 1917 hasta 1941

Sin embargo este sistema se vio sustituido en 1941 con la Constitucion de ese mismo año cuando se centraliza el control de la Constitucion en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia y en 1943 con la Organizacion del Tribunal Contencioso Administrativo que actualmente es ejercido por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia

Lo anterior indica claramente que no le es dable a este Tribunal Colegiado de lo Contencioso Administrativo determinar con caracter general la incompatibilidad de una norma legal con una constitucional esta determinacion solo la puede hacer el Pleno de la Corte Suprema de Justicia mediante el procedimiento establecido en el libro IV del Codigo Judicial

En este mismo sentido si el interesado considera que la Resolucion No 201 030 de 10 de enero de 1992 es contraria a disposiciones de nuestra Constitucion debio interponer una demanda de inconstitucionalidad contra la resolucion impugnada ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia siendo esta la via idonea para esta clase de acciones En este mismo sentido si el afectado de igual manera considera que se ha violado la ley con la Resolucion en discusion el actor debio explicar de manera diafana que otras normas legales aparte de los articulos 12 y 15 del Codigo Civil se vulneran y el porque de la violación situaciones éstas que no sustento en el libelo ya que se limito a decir que eran incompatibles con los articulos 19 y 48 de la Constitucion Nacional situacion que ya hemos explicado

En nuestro derecho es posible incluir la version que las sentencias o se citen con la legislacion ordinaria que sea Conforme a la Constitucion o cuando se esta frente a clausulas generales o abiertas en la descripcion de los supuestos de hechos de las normas como dice Hernan Corral los conceptos juridicos

indeterminados como las buenas costumbres orden publico buena fe etc La formula de la aplicacion indirecta en su grado mas radical que establece que debe hacer uso de los principios generales del derecho para interpretar o integrar el orden legal en los casos o las relaciones juridico privadas (Corral Talciani Algunas reflexiones sobre la constitucionalizacion del Derecho privado 2010)

Sin embargo el mismo Corral Talciani (Villabella 2014) en el texto Derecho Civil Constitucional señala que en la integracion de principios del orden legal deben preferir aquellos que poseen consagracion constitucional

Viendo el ordenamiento juridico forma una unidad y todo Derecho solamente rige en base a y en el marco de la Constitucion

En Colombia se ha contemplado por parte de la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C 1026 cuyo Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynnet clarifico la mision de los jueces al pronunciarse dentro del ejercicio de sus funciones (Olano Garcia 2010 pags 218 220)

Si los jueces por una parte son los encargados de hacer efectivos los derechos y libertades individuales y por otra son los que realizan la labor de aplicacion del derecho positivo a la realidad social entonces puede afirmarse que respecto de ellos el principio de legalidad cobra una dimension hermeneutica de gran importancia en la medida en que durante el desarrollo cabal de sus funciones deben realizar varios ejercicios interpretativos tanto de la ley como de las circunstancias facticas sobre las cuales habran de decidir Ahora es claro que a partir del transito constitucional de 1991 con el reconocimiento (en el articulo 4 Superior) del valor normativo intrinseco de la Carta esa labor de interpretacion se debe conducir segun los cauces que ha trazado la **doctrina constitucional** especialmente en lo relativo a la proteccion de los derechos fundamentales en efecto solo en la medida en que la labor hermeneutica del juez se ajuste a los dictados constitucionales puede afirmarse que respeta el principio de legalidad

6 De allí se derivan varias consecuencias. Una, el que parte integral de las funciones que compete desarrollar a los jueces es la labor de interpretación, sea de la Constitución, **la ley** o de otras providencias judiciales. Dos, que las interpretaciones que se salgan notoriamente de los límites que traza **la doctrina constitucional** constituyen vías de hecho susceptibles de ser atacadas por vía de la acción de tutela cuando con ellas se pone en riesgo la vigencia de los derechos fundamentales. Tres, que en todo caso los funcionarios judiciales mantienen la autonomía que es propia de sus funciones, sin que tal autonomía pueda justificar el desacato de lo dispuesto por el Constituyente derivando en arbitrariedad.

7 Esta así establecido jurisprudencialmente que existen algunos mandatos de índole hermeneutica para los funcionarios judiciales ¿Cuales son esas reglas?

En primer lugar, tal y como se ha reiterado en varias oportunidades, está el principio **de interpretación conforme**, según el cual todos los mandatos del ordenamiento jurídico se deben interpretar de forma tal que su sentido guarde coherencia con las disposiciones constitucionales. Ello implica varias cosas: primero, que toda interpretación que no sea conforme a la Constitución debe ser descartada; segundo, que ante dos interpretaciones posibles de una norma, el juez se debe inclinar por aquella que en forma manifiesta resulte más adecuada a los mandatos superiores; tercero, que en caso de dos o más interpretaciones que sean en principio igualmente constitucionales, el juez, en ejercicio de su autonomía funcional, deberá escoger en forma razonada aquella que considere mejor satisface los dictados del constituyente en el caso concreto.

8 También esta Corte ha señalado que la autonomía que la Carta *reconoce a la interpretación legal o judicial tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de sus respectivos resultados* (sentencia C-301/93). Esto es, los frutos del ejercicio hermeneutico deben ser razonables. En este sentido, expresó la Corporación que *cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El interprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista* (sentencia C-011/94). El contenido mismo del concepto de razonabilidad ha sido explorado por la Corte, que en

sentencia C 530/93 dijo que este *hace relacion a que un juicio raciocinio o idea este conforme con la prudencia la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto Es decir cuando se justifica una accion o expresion de una idea juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad* En otras palabras se trata de garantizar que en cada caso la interpretacion de las disposiciones juridicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista que tome en cuenta las metas y objetivos establecidos en la Carta de acuerdo con los criterios *pro libertatis* y *pro homine* derivados de la filosofia humanista que inspira el constitucionalismo colombiano (Colombia Corte Constitucional Sentencia C 1026 de 2001 M P Eduardo Montealegre Lynnet)

Esta sentencia constitucional demuestra la filosofia de la *Drittwirkun* indirecta en primer lugar cuando la interpretacion literal de una norma conduce a alguna vulneracion de la Carta Magna por lo que se debe efectuar una interpretacion en el contexto global alcanzando hasta lo que se ha establecido en la doctrina constitucional y por el otro lado la aplicacion del principio de la interpretacion conforme a la Constitucion por causa del articulo 4 de la Constitucion colombiana

El principio de la interpretacion conforme a la Constitucion (*verfassungskonforme Auslegung*) principio de importancia fundamental para la realizacion de la tarea juridico funcional porque esta afirmado ante que todo en el principio de la *unidad del orden juridico* (Alflen Da Silva 2006)

Para el autor Alflen Da Silva de Hermeneutica juridica y concrecion judicial este principio de la interpretacion conforme no constituye un criterio variable de concrecion sino **un principio con prioridad**, que permite la decision entre diversos resultados alternativos elaborados con el auxilio de los medios habituales

de concrecion sin alterar el texto de la norma constitucional (El sombreado es nuestro)

Mas alla del ambito regional o nacional sostiene

La clausula de *interpretacion conforme* es una tecnica hermeneutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos asignados por los Estados asi como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales para lograr su mayor eficacia y proteccion (Ferrer 2011 p 358) Por tanto la clausula de interpretacion se convierte en la clave para lograr la maxima efectividad de los derechos humanos (Ferrer p 345)

En nuestro pais encontramos en materia civil en varios fallos citado un solo fallo que contiene la cita conforme a la constitucion y casi todos en materia de propiedad ya que esta normativizada constitucionalmente tanto la propiedad como categoria del derecho civil pero tambien su funcion social ya que la Carta Magna Panameña fue dictada en un Estado social de Derecho

Tanto en el Fallo del Veintidos (22) de Mayo del Dos mil trece (2013) cuyas partes eran Daniel Gonzalez Rodriguez y Basilio Gonzalez Rodriguez contra Candida Rodriguez Hernandez Euclides Gonzalez Rodriguez Leidis Gonzales Rodriguez y otros (Magistrado Hernan De Leon Batista) y en el Fallo del Veintinueve (29) de Febrero de dos mil dieciseis (2016) proferido en el Proceso de Gregoria Lezcano y Ubaldino Romero contra Modesto Aurelio Lezcano y Nelly Margarita Arauz (Magistrado Oyden Ortega Duran) ambos recurridos en Casacion citan el fallo

Sobre el particular resulta oportuno traer a colacion un extracto de la Resolucion de 30 de julio de 1998 emitida por la Sala de lo Civil de esta Corporacion Judicial dentro del Recurso de Casacion interpuesto por Ruben Dario Rodriguez Delgado en el Proceso Ordinario de Prescripcion Adquisitiva que le sigue Eladio Delgado Antunez donde se sostuvo el siguiente criterio

El artículo 425 del Código Civil recoge lo que la doctrina civilista ha denominado la posesión civilísima para denotar una posesión adquirida por ministerio de la ley sin necesidad de la ocupación material de la finca entendiéndose que opera en caso de que el causante haya poseído la propiedad en cuyo caso se estima que el causahabiente ha poseído desde el momento del fallecimiento del causante si acepta la herencia como ha ocurrido en la presente controversia. Así por ejemplo José M^a Miquel González señala que en la sucesión mortis causa el heredero adquiere por disposición de la ley la posesión desde la muerte del causante siempre que acepte la herencia (art 440). El heredero adquiere así la llamada posesión civilísima sin necesidad de actos materiales de toma de posesión y por ello goza de las ventajas de la posesión desde el momento de la muerte del causante (protección interdictal frutos usucapion) (autor citado en la voz Posesión de la Enciclopedia Jurídica Básica tomo 3º pág 4951 Madrid 1995 España)

El eminente civilista español LUIS DIEZ PICAZO al analizar la institución regulada por el artículo 440 del Código Civil español que inspiró nuestro artículo 425 se refiere a este tipo especial de posesión que opera ope legis de la siguiente forma

La adquisición hereditaria de la posesión se produce en el momento mismo de la muerte del de cuius sin necesidad de aprehensión material de la cosa. Es una adquisición por ministerio de la ley. Va ligada con la condición de heredero por lo cual solo se consolida si el llamado a la herencia llega efectivamente a ser heredero mediante la adición o aceptación de la herencia. Como en nuestro Derecho de herencia y el título o condición de heredero se adquieren en virtud de la aceptación mientras que la posesión se adquiere de manera inmediata e ipso iure hay que entender que aun antes de ser heredero en el sentido riguroso de la palabra por haber aceptado la herencia se produce en favor del llamado la investidura ope legis de los bienes hereditarios. El llamado a la herencia por el puro hecho de la delación o llamamiento tiene la posesión de los bienes hereditarios y puede reclamar la protección posesoria

(LUIS DIEZ PICAZO Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial Tomo III Editorial Civitas Cuarta Edición Madrid España 1995 pag 613)

Es evidente que en la presente causa se encuentran en tensión dos posesiones por fundamentos jurídicos distintos

uno la posesion continuada por mas (sic) de quince años en cabeza del demandante y de otra la posesion civilisima del causahabiente demandado en el proceso de que trae causa el recurso extraordinario que ocupa a la Sala. Conviene que nos detengamos un momento en los efectos que produce y los que no produce la posesion civilisima. De entrada el causahabiente tiene a su alcance la proteccion interdictal (que no ejercito) asi como el sumar a su posesion efectiva el tiempo en que poseyo el causante y que ha recibido como un derecho hereditario los cuales pueden sumarse a los efectos de la usucapion de la posesion que ha ejercido efectivamente. No obstante es claro que tal posesion civilisima que la ley que la instituyo no pudo haber pensado o tenido este tipo de posesion. ministerio legis para sustituir de manera permanente la base factica de la posesion en perjuicio de quien ha poseido por el termino necesario para prescribir por ostentar la posesion efectiva de la propiedad que pretende prescribir y además seria a todas luces inadmisibile una interpretacion en el sentido de que la posesion se conserve en el heredero que no ejercita ninguna actividad sobre los bienes hereditarios indefinidamente y por la sola fuerza de la ley aplicandosele desde luego las normas que regulan la conservacion y la perdida de la posesion. Esta interpretacion ademas es consistente con una interpretacion de la norma analizada conforme a la Constitucion es decir conforme a la proteccion de quien le ha dado una funcion social a la propiedad (Resalta la Sala)

Si observamos este fallo no provee ninguna situacion o controversia en cuanto a las normas aplicables pero si dos principios el de la Propiedad privada y su caracter traslaticio por medio de la herencia o legado y el principio de la funcion social de la Propiedad por tanto se apoya en la norma constitucional para articular el principio de la funcion social de la propiedad para sustentar lo que el casacionista se opone por lo que en este aspecto la aplicacion indirecta de la norma constitucional utilizada en el suelo patrio

3.4 Bases para la Aplicación de la *Drittwirkung der Grundrechte* directa en el Derecho Civil Patrio

Salvador Sanchez (2008) en su artículo Integración e Interpretación Judicial de la Ley en Panamá estableciendo primigeniamente que en Panamá

Participamos de una cultura jurídica de fundamentos formalistas generada durante el siglo XIX algunos de cuyos aspectos salientes son el punto de partida de este estudio 1 La principal fuente formal de Derecho panameño es la Ley 2 cuando la ley es insuficiente la propia ley dispone como integrarla 3 La jurisprudencia no es fuente formal de Derecho y 4 los jueces no crean Derecho sino que lo aplican

Y hace referencia que aunque la historia del Derecho panameño no tiene el punto de partida del legalismo radical ni ha desembocado en el panorama descrito en el párrafo anterior¹⁸ si nos permite contemplar los cambios experimentados por nuestra cultura jurídica con el paso del tiempo " Así lo percibe el Dr. Boutin citado por el Dr. Alexander Valencia (Valencia Moreno Derecho Civil Parte General 2017) le reconoce al Código Civil una nota diferente El humanismo en el Código Civil panameño se localiza particularmente en sus fuentes legales que lo informan y en la técnica jurídica que dicho cuerpo adopta siendo la ciencia del derecho un desprendimiento de la ética militan en su

¹⁸ Las perspectivas predominantes a fines del siglo XX habían por tanto abandonado el reconocimiento a favor de los sistemas jurídicos cerrados estadocéntricos legocéntricos de justicia formal que percibían a los jueces como operadores condenados a ser la boca a través de la cual habla la ley (en famosa expresión de Montesquieu) por el reconocimiento de una administración de justicia enfocada en los problemas donde los jueces interpretan la ley creativamente en un marco de pluralismo metodológico y de fuentes

sistema normas heterogeneas de derecho natural canonico y principios generales del derecho

Bajo esta premisa de reconocer en las fuentes delCodigo Civil una forma de silogismo diferente al legalismo expreso encontramos la posibilidad de la aplicacion directa o inmediata de las normas constitucionales derechos humanos constitucionalizados en las relaciones *inter privates*

Siguiendo el Hilo de Adriana en cuanto a la tesis de la Aplicacion directa de las normas constitucionales se determina mediante un proceso de razonamiento logico que en nuestro pais donde el Codigo Civil regula las siguientes situaciones para la aplicacion de otra fuente del derecho distinta a ley

- 1 Por laguna legal o falta de norma directa que resuelva la controversia lo que trae como consecuencia
 - 1 1 Aplicar otras fuentes del derecho (art 13)
 - 1 2 El juez no puede negarse a fallar (art 8)
 - 1 3 Si la norma civil es contraria a la Constitucion Nacional preferira la norma constitucional

Sin embargo si me encuentro en una de estas situaciones antes de aplicar la tesis de la aplicacion directa de las normas constitucionales en un caso entre particulares es necesario que cumpla con dos fuentes que son la Analogia y la Doctrina Constitucional antes de enmarcarnos en lo que resolveria una controversia juridica civil que conlleva a dos sujetos particulares que se

someteran a una decision que suponen sea resuelta en derecho pero tambien en justicia y equidad

A lo que me refiere es que el articulo 13 delCodigo Civil Patrio establece la labor hermeneutica del Juzgador en cuanto a la aplicacion de las fuentes del derecho civil el cual expresa

ARTICULO 13 Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto la doctrina constitucional las reglas generales de derecho y la costumbre siendo general y conforme con la moral cristiana

- 1 La Analogia ante ausencia de ley concreta para el caso
- 2 La Doctrina Constitucional (doctrina cientifica aplicada a la Constitucion)
- 3 Las Reglas Generales de Derecho
- 4 La Costumbre sentido general conforme a la moral cristiana orden publico y buenas costumbres Si bien es cierto que al referirse a la moral cristiana lo hace como inciso referido a la costumbre todo ello tiene fuerza autonoma por los Articulos 66 573 y 1106

La aplicabilidad de la Drittwirkung directa es establecer que si en un problema juridico privado debo antes de aplicar una norma constitucional realizar la labor de aplicabilidad de la Analogia

3 4 1 La analogia, procedimiento analogico, interpretacion analogica o interpretacion extensiva

Para Garcia Maynez el aforismo, “*argumentum a simili ad simile*” (Dorantes Diaz 2012) es la formula de la analogia o el procedimiento de la analogica Para Norberto Bobbio la analogia sinonimo de *razonamiento por analogia procedimiento por analogia extension analogica o interpretacion analogica* puede decirse como [] aquella operacion realizada por los interpretes del

Derecho (juristas y jueces en particular) mediante la cual se atribuye a un caso o a una materia que no encuentra una reglamentación expresa en el ordenamiento jurídico la misma disciplina prevista por el Analogía (Bobbio citado por Dorantes)

Bobbio en la *Teoría del Derecho* (Bobbio 2007) se entiende el procedimiento por el cual se atribuye a un caso regulado el mismo régimen dado a un caso regulado similarmente sin embargo señala el jurista citado que la regla se debe encontrar en el ámbito mismo de las leyes vigentes sin recorrer a otros ordenamientos ni a fuentes diferentes de las leyes (Bobbio 2007 pag 239) legislador para un caso o para una materia semejantes []

Otros como Ulrich Klug la define como Tradicionalmente se habla de aplicación analógica de una proposición jurídica cuando una proposición que ha sido dictada para una determinada situación de diferente pero que coincide con la primera en *las relaciones esenciales* (Dorantes Díaz 2012)

Para el Doctor Julio Lombardo la analogía es la fórmula según la cual desde un enfoque dialéctico cuando no hay una norma aplicable al caso que hay un juicio de probabilidad resulta aplicar parte de esa norma (supuesto o disposición) se utiliza la parte dispositiva de la norma similar para resolver el caso Y agrega que el fundamento de la analogía es el principio de igualdad a un caso semejante ameritan soluciones semejantes

Otra concepción distinta se encuentra en las definiciones vertidas por el Dr Bonifacio Difernan Analogía como **la aplicación de un principio o conjunto**

de principios a casos jurídicos semejantes o también como **Aquella norma jurídica** que surge de la aplicación de **una regla** anteriormente reconocida de objeto y finalidad semejante (Dífernan 1977)

El concepto vertido por el Dr. Dífernan de analogía o bien en la aplicación de un principio o los principios a casos jurídicos semejantes es utilizada por la Corte Constitucional colombiana cuando en la sentencia C-083 de marzo 1 de 1995 manifiesta que esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis y se la contrasta con la analogía iuris en la cual a partir de diversas disposiciones del ordenamiento se extraen **los principios generales que las informa** por una suerte de inducción (Valencia Restrepo 1999). Sin embargo, más adelante veremos como es totalmente contraria por varias razones tanto desde el punto de vista de los principios generales como también en cuanto a la teoría de la argumentación jurídica de la Analogía. Sin embargo, antes de esto analicemos la división de la Analogía iuris de la Analogía Legis que es desde donde parte la diferenciación de los que afirman que la analogía es la aplicación de una norma y no de principios o de normas que se extraen los principios para resolver la laguna.

Diferenciación de la Analogía iuris de la Analogía legis

Por analogía iuris se entiende el procedimiento con el cual se obtiene una nueva regla para un caso no previsto no ya por la regla que se refiere a un caso individual como sucede en la analogía legis sino de todo el sistema o de una parte del sistema es decir que este procedimiento no difiere del que se emplea cuando se recurre a los principios generales del derecho (Valencia Restrepo 1999 pag. 339)

O bien se reconoce que

la analogia legis supone la aplicacion de una disposicion legal a otro supuesto no previsto expresamente en ella pero similar extendiendo la aplicacion del texto legal a un caso distinto del previsto. La analogia iuris se presenta cuando un conjunto de disposiciones legales que forman una institucion reguladora de una situacion determinada se aplica a otra que es semejante. Esta clase de analogia comprende la aplicacion ya sea de normas legales como de principios generales. La analogia iuris implica no partir para la aplicacion analogica de una sola norma ni proceder de lo particular a lo particular sino partiendo de una serie o conjunto de normas tratar de deducir de ellas un principio general del Derecho es decir que hay que entender la **analogia iuris como un mecanismo de obtencion y de aplicacion de los principios generales del Derecho**

Se trata de una operacion juridica muy delicada que exige medida ponderacion meditado y cuidado uso como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988 (guíasjuridicas wolterskluwer es/content/Document s f)

Contrario al pensamiento anterior Valencia Restrepo señala que solo existe una afinidad entre la analogia y los principios es **la tarea comun rellenar lagunas**” O sea son procesos integrativos del derecho. La diferencia no supone que los principios sean para aplicar la analogia aunque esta se basa en la igualdad. Las razones que estima el autor entre ambos son las siguientes

➤ *Procedimientos para obtener y aplicar la analogia y los principios*

Como mencionamos en el capitulo anterior el autor sostiene que los principios se descubren por inferencia inductiva otros por el metodo de intuicion emotiva sentido comun y los que se aplican a los casos por deducccion (inferencia deductiva). Considera que

la analogia por el contrario se obtiene y aplica partiendo de una unica norma legal determinada o de varias normas legales

determinadas (analogia legis) para llegar a un caso determinado con base en un vinculo de semejanza que une a lo previsto en la norma con lo no previsto en ella Va pues de lo particular a lo particular coordinado (inferencia transductiva)

➤ *Los ambitos de validez material de la analogia y de los principios*

En sintesis en este aspecto el autor señala que los principios siempre son generales y valen para todo el derecho (como la justicia) en cambio la analogia solo es valida para el caso unico en que se deba aplicar la norma coordinada y nada mas

➤ *Funciones de la Analogia y de los principios* En este supuesto los principios tienen tres funciones (creativa interpretativa e integrativa y la analogia solo es integrativa

Ademas de Bobbio lo hace tambien Francesco Ferrara para quien los principios generales representan la forma suprema de analogia iuris

En el caso de Klug que cita a Garcia Maynez tambien infiere que en la analogia solo hay coincidencia —practicamente universal— en los siguientes aspectos

- a) se trata de un razonamiento que debe incluirse en las *inferencias inmediatas* porque la conclusion no deriva de una sola premisa sino cuando menos de dos b) la inferencia es de lo particular a lo particular o de lo general a lo general nunca de lo particular a lo general o viceversa c) la conclusion siempre sera un juicio de caracter problematico

Es por ello que aunque Valencia Restrepo solo esta de acuerdo en reconocerle a la interpretacion analogica **partiendo de una unica norma legal determinada o de varias normas legales determinadas** que solucion otro u otros casos similares (V Restrepo pag 335)

Al final reconoce citando a Garcia Maynez que tanto la analogia como los principios deben tener una base axiologica la buena fe Y termina estableciendo que En conclusion la analogia es una aplicacion del principio sumo o universalismo del derecho toda vez que la justicia exige que casos iguales sean tratados igualmente (Valencia Restrepo 1999 pag 343)

La analogia que junto al recurso a los principios generales es el instrumento que mejor expresa la colaboracion creadora del juez con la ley en el proceso de realizacion del Derecho no debe suponer una alteracion de las reglas constitucionales y legales que disciplinan el control de las normas ni una conversion del juez ordinario en dominus de la ley so pretexto de la Constitucion (Jimenez Campo citado por Saraza pag 764)

En cierto fallo de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Civil Casacion el Magistrado Alberto Cigarrista Cortez hace una docencia para lograr establecer la diferenciacion entre cuando se advierte o no una laguna y la diferencia entre la Analogia y la interpretacion extensiva de la norma y es saludable en cuanto a lo que advertimos para determinar la diferencia señalada de la analogia legis que segun este Magistrado es la que nuestroCodigo Civil tiene en mente Veamos

ARCINDA EDIZA STANZIOLA TORRES DE PEREIRA LESBIA OFELINA STANZIOLA TORRES DE PANIZA Y RAFAEL STANZIOLA TORRES RECURREN EN CASACION EN EL PROCESO ORDINARIO DE PRESCRIPCION ADQUISITIVA QUE LES SIGUEN HERMEL STANZIOLA BARRIA PONENTE ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ PANAMA DIECISIETE (17) DE JUNIO DE DOS MIL CINCO (2005)

Tribunal Corte Suprema de Justicia Panama

Sala Primera de lo Civil

Ponente Alberto Cigarruista Cortez

Fecha 17 de junio de 2005

Materia Civil

Casacion

Expediente 182 2004

La demanda fue presentada en enero 2002 aun de tomarse el 16 de marzo de 2001 como fecha cierta de esta solicitud no modifica el hecho de que aun antes de ese momento ya Hermel Stanziola Barria segun las restantes probanzas tenia mas de veinte (20) años en posesion de la finca 1437

Ademas en este documento solo se pide que se le notifique de la declaratoria de herederos y no un lanzamiento por intruso

Con fundamento en las razones esbozadas no encuentra asidero juridico este Tribunal Colegiado para casar la sentencia impugnada con base en la primera modalidad de la causal invocada concluye esta Sala de la Corte Suprema de Justicia que el tribunal ad quem al momento de justipreciar o valorar las pruebas acompañadas y practicadas en el proceso lo hizo en su justa dimension y conforme a las reglas de la sana critica y sin violentar norma juridica alguna

Acusan los casacionistas a la sentencia revisada de la infraccion de normas sustantivas de Derecho por violacion directa porque no se aplica en ella por analogia lo preceptuado en el articulo 1671 delCodigo Civil de alli su transgresion y consecuentemente la del articulo 13 del mismo codigo Esto es por no haber trasladado la interrupcion de la prescripcion estipulada en el articulo 1671 para los conyuges a su caso dada su relacion de consanguinidad

In limine la Sala repasara la figura de la analogia o objeto de esclarecer si estamos ante una laguna juridica

En algunos eventos puede ocurrir que no haya norma aplicable a la solucion del problema juridico planteado para lo cual autoriza la ley recurrir a normas que regulen casos o materias semejantes (art 8º del C C) procedimiento este de aplicacion indirecta de la ley que se conoce tradicionalmente con el nombre de analogia

Es simplemente la tecnica que se utiliza para buscar una norma que regule un problema juridico similar al que se esta resolviendo cuando para este

no hay norma aplicable procedimiento que se funda en el principio según el cual donde existe una misma razón de hecho debe existir una misma disposición de derecho

Es necesario distinguir entre la analogía y la interpretación extensiva de la ley llamada también interpretación analógica. Ya se dijo al efecto que la analogía implica inexistencia de fuente directa aplicable a la solución del problema en tanto que la interpretación extensiva se hace sobre la fuente pertinente

La analogía en cambio se presenta cuando el caso no está previsto en manera alguna por la norma aunque se dilate su interpretación hasta el límite máximo de su expansión posible se trata pues de una verdadera laguna legislativa

(Giraldo Angel Jaime *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica* 5ta ed. Edic. Librería del Profesional Colombia 1992 pags 36 y 37)

Ante la duda de cómo se llenan las lagunas de la ley procesal o sea cómo se integran el Dr. Jorge Fabrega Ponce en su obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil* aclara

La primera cuestión que procede discutir es la referente a cuándo existe una laguna en el ordenamiento procesal. No es suficiente con expresar que la laguna se da cuando la Ley guarda silencio

La interrogante se da como expone Larenz en cuanto la cuestión de que trate es en absoluto susceptible y está necesitada de regulación jurídica esto es cuando la Ley no contiene una regla para una cierta cuestión que según intención reguladora subyacente precisa de regulación. La intención reguladora de la Ley en nuestro caso del ordenamiento procesal civil es hacer una regulación completa de las cuestiones que proceden surgir en la realización de una relación obligatoria por el hecho de que una persona no se comporta como debía comportarse. Si existe o no una tal laguna ha de enjuiciarse desde el punto de sentir de la Ley misma de la intención reguladora que le sirve de base de los fines perseguidos y del plan legislativo. Una <<laguna legal>> es una omisión contraria al plan mismo de la Ley. El criterio es el determinar si la Ley es incompleta comparada con su propia intención reguladora si la Ley no contiene una norma que debía contener (Metodología de la Ciencia de Derecho)

Para determinar la laguna no basta una constatación formal hay que guiarse por el plan de la Ley

La laguna se llena acudiendo a la analogía

El código tiene en mente la analogía *legis* o sea como expone Larenz mediante el traslado de una regla establecida en la Ley para el supuesto de hecho (A) o para varios supuestos de hechos similares a otro supuesto de hecho (B) no regulado en la Ley similar a aquel. El traslado se basa en que debido a su similitud ambos supuestos de hecho han de ser valorados igualmente en los aspectos decisivos para la valoración legal es decir que se basa en la exigencia de la justicia para tratar igualmente lo igual. La

integración de la laguna legal por la vía de retorno a un principio puesto en la Ley es aquel al que el principio (asimismo) se refiere sin que intervenga aquí un principio contrario. El que dos hechos sean <<similares>> entre sí quiere decir que concuerdan con algunos aspectos pero no en otros. Si concordamos absolutamente en todos los aspectos que han de entrar en consideración entonces serían iguales. Por tanto los supuestos de hecho no deben ser absolutamente iguales ni desiguales entre sí pero tienen que concordar precisamente en los aspectos decisivos por la valoración jurídica. El traslado de la regla dada para un supuesto de hecho a otro distinto <<similar>> a él es decir que se ha de estimar igual en su valoración se denomina analogía legal mas apropiado al respecto será la expresión << analogía particular >> porque es aplicada <<analogicamente>> una norma legal particular a un hecho no regulado por ella.

La analogía no puede aplicarse tomando como punto de referencia normas restrictivas o excepcionales.

Los conceptos reproducidos destacan ideas como los fines perseguidos la intención reguladora verdadera laguna jurídica situación que forzosamente necesita de regulación y la ausencia de una norma debió formar parte del ordenamiento jurídico.

La laguna jurídica por tanto es el olvido a tipificar una situación que obligatoriamente debió ser tutelada en la Ley.

Retomando el supuesto de hecho planteado en este caso esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el artículo 1671 del Código Civil. Conviene entonces revisar las consideraciones externadas para comprender el alcance y razón de su inclusión en la normativa previa a su análisis y aplicabilidad en este caso.

Para mayor claridad reproducimos el artículo 1671 del Código Civil.

Artículo 1671. La prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse en ese caso cesando la causa de la suspensión se le cuenta al poseedor el tiempo de ella si alguno hubo.

Se suspende la prescripción ordinaria en favor de los menores dementes y sordomudos.

La prescripción siempre se suspende entre conyuges (Subraya de la Sala)

El último párrafo de la disposición transcrita al hacer referencia a los conyuges necesariamente sitúa a la Sala dentro del concepto del matrimonio y su importancia por constituir este la base legal de la Institución de la familia y sus consecuencias sociales por ser considerado como el fundamento de la sociedad la cual es reconocida y protegida por el Estado como bien lo señala el primer párrafo del mencionado artículo 53 Constitucional.

Uno de los elementos sustentatorios de esa naturaleza y a la que el Estado le otorga cada vez mayor reconocimiento es el de la igualdad de los conyuges aunque no siempre fue así.

En las sociedades latinoamericanas la preponderancia del hombre en todos los quehaceres de la actividad económica y social era marcada pero movimientos sociales acaecidos en los años 70s (como el de liberación femenina) proveyeron a las sociedades la conciencia necesaria para permitir a las mujeres ir alcanzando gradualmente un plano de igualdad con el hombre en todas las áreas y actividades sociales

Este valor social ha sido igualmente reconocido en el plano familiar a través de las Constituciones latinoamericanas en especial en el área económica al permitirse a la mujer ejercer el comercio

Empero la institución del matrimonio sigue siendo protegida por los ordenamientos jurídicos como base fundante de la sociedad es por ello que el artículo 53 Constitucional además de reconocer la igualdad de los conyuges establece protección estatal en favor de su unión

En ese sentido considera la Sala que el artículo 1671 del Código Civil el cual en su último párrafo instituye el principio de que la prescripción siempre se suspende entre conyuges sin distinción y muy lejos de establecer alguna desigualdad entre ellos fue establecido precisamente para salvaguardar la integridad jurídica de la unión conyugal no sometiendo a términos para prescribir derechos que dentro de la institución son recíprocos máxime que como en el presente caso tanto demandante como demandado convivieron en el inmueble objeto de prescripción por 20 o más años

Considera la Corte que la razón de ser de este tercer párrafo estriba en que como ya señalamos anteriormente el legislador pretendió darle un matiz de seguridad jurídica a la titularidad de los conyuges sobre sus bienes habidos antes del matrimonio o adquiridos durante el mismo para evitar que uno de ellos utilice su condición de esposo (a) para quitarle algún bien a su pareja tratando de proteger así la integridad de la institución del matrimonio y siendo la expuesta la finalidad perseguida por el legislador es irrelevante para los efectos de la protección del matrimonio si se trata de una u otra clase de prescripción

En este sentido se manifestó la Sala mediante fallo de 30 de julio de 1992 bajo la ponencia del Magistrado Raul Trujillo Miranda en el que sobre el particular señaló lo siguiente

El artículo 1671 del Código Civil preceptúa que la prescripción se suspende siempre entre conyuges Esta norma es clara luego el juzgador debe aplicarla en cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 9 y 10 del Código Civil atendiendo su tenor literal y dando a las palabras siempre sus sentidos naturales y obvios que son en esta norma en todo o en cualquier tiempo y en todo caso

La Sala no comparte la posición del recurrente y mantiene el criterio sostenido en la sentencia Por ello la misma no puede violar los artículos 603 y 1679 del Código Civil a los que se refiere como infringidos el recurso presentado Es cierto que el primero de ellos establece cuáles son los hechos

positivos que demuestran la posesion del suelo no obstante tambien es cierto que esos actos deben ser ejecutados sin el consentimiento de quien disputa la posesion

El vinculo matrimonial existente entre la demandante y CIRILO OTERO quien es el titular del dominio de la finca hasta 1988 impide tal como atinadamente lo expresa la sentencia impugnada que se reconozcan esos actos como propios para producir el fenomeno juridico de la usucapion De aqui pues que este primer cargo en contra de la sentencia no prospera '

Por lo tanto al ser irrelevante el tipo de prescripcion a que se refiere la norma porque precisamente lo que prescribe es que entre los conyuges nunca hay prescripcion no pudo el fallo recurrido infringir la ley lo que da lugar a negar la presente casual de interpretacion erronea

(Zoila C Luna de Fuentes recurre en casacion en el proceso ordinario de prescripcion adquisitiva que le sigue a Modesto Fuentes Villarreal Ponente Jose A Troyano 19 de marzo de 2004)

En esta misma linea de pensamiento ante la disquisicion del tema hecha por los tratadistas consultados la Sala no considera que estemos frente a un vacio legal de alli que sea improcedente utilizar la tecnica de la integracion por analogia

La jurisprudencia parcialmente transcrita despeja cualquier interrogante de que el articulo 1671 no es aplicable a este caso Por consiguiente no es posible su infraccion como tampoco la del articulo 13 delCodigo Civil

Asi pues queda claro conforme a este pronunciamiento que el unico norte de este tercer parrafo es ofrecer una garantia en el caso particular entre los conyuges y no se hace extensiva a cualquier linea de consanguinidad o afinidad

Esta es una norma que enumera de manera taxativa que figuras comprende o en que casos es aplicable no es un sistema abierto Si se permitiera este compas es decir su empleo por analogia se invocaria este tercer parrafo como fundamento para solicitar la interrupcion de la prescripcion ante cualquier supuesto basado en cualquier tipo de relacion que vinculara a las partes

La Sala Civil concluye que esta norma juridica debe atenderse en su tenor literal sin animo de querer interpretar su espiritu por ende no da lugar a su aplicacion por analogia

Visto que de las infracciones endilgadas por los promoventes no se advierte la injuridicidad necesaria para invalidar la sentencia por lo que la Sala procede igualmente a negar este segundo concepto de infraccion violacion

directa de la causal de fondo invocada es decir la violacion de normas sustantivas de derecho

En merito a lo expuesto la Corte Suprema de Justicia la Sala Primera de lo Civil administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley NO CASA el fallo de 27 de abril de 2004 del Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial que confirma la Sentencia No 04 de 21 de enero de 2004 del Juzgado Segundo de Circuito Judicial de Cocle Ramo Civil en el proceso de prescripcion adquisitiva de dominio propuesto por HERMEL STANZIOLA BARRIA contra ARCINDA EDIZA STANZIOLA TORRES DE PEREIRA LESBIA OFELINA STANZIOLA TORRES DE PANIZA y RAFAEL STANZIOLA TORRES

La Corte no considero la falta de regulacion legal alegada por lo que no aplico la analogia sin embargo dada la argumentacion que el mismo utiliza para sustentar la aplicacion de la norma infraconstitucional resultan productos de la formulacion de principios constitucionales en cuanto a la proteccion del matrimonio mas que de la relacion de vinculos consanguineos entre familiares Por lo que si bien considera la aplicacion exacta de una norma explicita tambien reconoce la garantia fundamental del matrimonio ligandola con la norma civil haciendo entonces una verdadera interpretacion conforme a la Constitucion y los principios que esta reconoce Sin embargo en este sentido es necesario advertir que la analogaa a que se refiere la sentencia como el mismo lo establece es una analogia legis y no iuris dada precisamente el positivismo que rodea el pensamiento de nuestros juristas panameños como tambien la mas Alta Corporacion de Justicia

En ese sentido la doctrina no esta de acuerdo con el subterfugio de establecer que es interpretacion extensiva

3 4 2 Doctrina Constitucional aplicacion directa, mediante principios consignados en la Constitucion y en las sentencias constitucionales

Salvador Sanchez nos comenta una extensa situacion de la llamada doctrina constitucional en el ambito que escribio sobre la Interpretacion e integracion en Panama que añadiremos por encontrar en estos escritos tanto sustancia historica como un buen resumen de las posiciones de nuestros antecesores juristas que externaban acerca de esta formula mediante las influencias de civilistas europeos decimonomicos señala

Respecto a la doctrina cientifica el entiende como tal la alusion a la doctrina constitucional inidca en el articulo 13 de nuestro Codigo Civil Interesante resulta que Difernan exter que el caracter de fuente de la doctrina no proviene de ella en si sino de la remision que a ella hace la ley (incluso en el caso del Derecho Romano) Respecto a la diferencia terminologica evidente entre doctrina cientifica y doctrina constitucional Difernan considera que el termino utilizado por el Codigo es impropio El tema requiere un estudio mas detallado debido al significado que esa frase tuvo en la practica juridica colombiana de la cual es tomada

La Ley 153 de 1887 aplicable en Panama en los primeros años de la Republica disponia en su articulo 8 reglas para seguir en ausencia de ley apliable a un caso determinado Hasta la aprobacion del Codigo Civil de 1916 la interpretacion de esta disposicon correspondia a nuestro clasicismo juridico entendiendo primero como mecesaria la analogia legis y luego el recurso a las reglas generales de derecho (entendidas como conceptos juridicos estraidos del ordenamiento juridico) y a la (entendidas como concpeots juridicos extraidos del ordenamiento juridico) y a la doctrina constitucional Sin embargo la teorizacion clasica en un entorno ausente de control constitucional de las leyes no resolvia adecuadamente el alcance de la idea de doctrina constitucional

En Colombia el primer sentido promovido por los interpretes liberales era el de las doctrinas contendidas en el texto de la Constitucion (lo que empataba bien con el conceptualismo juridico predominante) Pero a partir del establecmiento del control de constitucionalidad de las leyes en ese pais (en 1910) pudo expandirse para abarcar las doctrinas de la Corte Suprema de Justicia (una evolucion que parece consolidada

alrededor de 1995) En Panama la justicia constitucional aunque no concentrada se conforma desde la aprobacion de los Codigos en 1916 pudiendo desarrollar una evolucion doctrinal similar a la colombiana en especial desde 1941 Es decir identificando doctrina constitucional con la doctrina contenida en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Por tanto Sanchez concluye que la frase que Difernan identifica como doctrina cientifica no es tal en la historia de nuestro derecho legislado

En cambio mas modernamente el Doctor Alexander Valencia al analizar las fuentes de derecho en torno a la doctrina constitucional señala que La doctrina en si es fuente del derecho no formal Advierte que tratandose de *doctrina constitucional* esta constituida por la opinion y estudios de expertos en la materia constitucional por lo tanto sirve de guia y de ilustracion para la elaboracion y aplicacion del derecho por parte del operador juridico independientemente del prestigio que tenga el autor de la oponion juridica como quiera que es el reusltado de una actividad particular sus conclusiones carecer de fuerza obligatoria aunque sea muy profunda la influencia que sus ideas ejerzan sobre la ley (Valencia Moreno A pag 238)

Valencia Restrepo de forma primigenia trata a la Doctrina Constitucional formada por los principios del derecho natural¹⁹ y las reglas de la jurisprudencia²⁰ que sirven para ilustrar la Constitucion

¹⁹ Los principios del derecho natural o principios naturales (los naturliche Rechtsgrundsätze del Código de von Martini o Código Galiziano son los principios del derecho justo

²⁰ Las reglas de la jurisprudencia son bien los principios jurisprudenciales los cuales se encuentra en los fallos de los mas altos tribunales sobre la materia

3 4 2 1 La Doctrina Constitucional y el Principialismo Relacion Horizontal

Jacobo Perez Escobar (1977) en su obra Derecho constitucional colombiano citado por Valencia Restrepo (Valencia Restrepo 1999 pag 399) define la doctrina constitucional *quiere significar lo mismo que **principios contenidos en la Constitucion o reconocidos por la ciencia del derecho constitucional** es decir **los princpios que regulan la organizacion y funcionamiento del Estado y los relativos a las garantias individuales** (El sombreado es nuestro)*

Y comenta Valencia Restrepo de manera heuristica que

la doctrina constitucional pues debe identificarse con los principios generales del derecho constitucional Ahora bien como las normas inferiores no pueden estar o entrar en contradiccion con aquellos que son normas de superior jerarquia o rango debese concluir que los principios generales del derecho constitucional estan provistos de la funcion creativa esto es los principios generales del derecho constitucional son los mismos princpios creativos de todo el ordenamiento porque regulan la creacion de todas las normas desde el punto de vista material y formal

Y coincide con lo expuesto por Zagreblesky en su Derecho Ductil que

Si el derecho actual esta compuesto de reglas y principios cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas mientras que **las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios** Por ello distinguir los principios de las reglas significa a grandes rasgos distinguir la Constitucion de la ley (El sombreado es nuestro)

bien los principios de ciencia constitucional o principios doctrinales constitucionales

En esa medida Zagrebelsky nos lleva a establecer que los principios generales de derechos constitucionales Son principios creativos interpretativos e integrativos

En este aspecto nos lleva en la Aplicacion directa de las normas constitucionales al momento de llenar laguna o mediante la integracion e interpretacion en primer lugar porque la doctrina constitucional esta compuesta por la creacion interpretacion e integracion de las normas constitucionales que son principios generales de derecho constitucional por inferencia logica estariamos aplicando el metodo deductivo para encontrar o descubrir el principio aplicable en la relacion juridica de derecho privado o bien de derecho civil en este caso sera un principio norma de la Constitucion Porque como dice Valencia Restrepo Destaquese que aqui el mismo derecho positivo llama norma a los principios por cuanto la doctrina constitucional se identifica con los principios geneales del derecho constitucional ((Valencia Restrepo 1999 pag 400)

Si y efectivamente si tomamos un fallo de la doctrina constitucional para la resolucion de una controversia civil que no cuenta con una norma legal para tal efecto entonces estariamos en cierta forma aplicando directamente la Constitucion o sus normas catalogadas como principios generales de derecho constitucional Por tanto aplica perfectametne la Drittwirkung der Gruenchete directa en este aspecto

Ciertamente en Panama mediante la Sentencia de 9 de junio de 1999 que reconoce y explica la tesis del bloque de la constitucionalidad determina que consideran los constitucionalistas sobre la doctrina constitucional

El bloque de constitucionalidad no es mas que un conjunto de normas las que conjuntamente con la Constitucion formal sirven a la Corte para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y otros actos de servidores publicos sujetos al control de la constitucionalidad (lo subrayado y en letra en negrilla es propio)

Ahora bien en lo que toca a las normas que hacen parte del bloque de la constitucionalidad el fallo que originalmente incorpora esta doctrina considero que podrian hacer parte del mismo

1 Las normas constitucionales propiamente tales

2 La doctrina constitucional sentada en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia (aquellas que resuelven cuestiones de constitucionalidad)

3 Ciertos Tratados Internacionales referentes a derechos individuales y sociales como lo son la Declaracion Universal de Derechos Humanos la Convencion Americana de Derechos (El sombreado es nuestro)

Maria Cristina (Chen Stanziola Las Sentencias Constitucionales Contenidos Limites y Alcances en materia de proteccion de los derechos fundamentales 2016 pag 31) señala que la sentencia constitucional hace referencia a un acto creador del derecho por parte del juzgador que sobre la base del reconocimiento normativo de la Constitucion como norma suprema del Estado administra justicia fundamentado en un juicio de valor sometido a principios y reglas juridicas concretas que guian al interprete en su labor interpretativa Agrega Chen Stanziola que la misma es decir la Sentencia Constitucional tiene poder porque va destinada en muchos casos a cambiar las condiciones de vida de la sociedad receptora

Sin embargo cada sentencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia conlleva a reconocer en la aplicacion de los principios constitucionales que se expresan en ellos. Pues si encontramos en la teoria del bloque de la constitucionalidad tanto las normas como las doctrinas y los tratados internacionales que protegen derechos humanos claro que estamos frente a argumentaciones que traducen principios constitucionales o derechos humanos constitucionalizados. Ocurre frecuentemente con los principios de pro homine pro libertatis así como principios generales del derecho. En este sentido podríamos citar el Fallo del Pleno en cuanto a una Accion de Amparo de Garantias Constitucionales del 8 de marzo de 2012. Magistrado Ponente Jeronimo Mejia que se resumia a que: Estimo necesaria la practica de una prueba de oficio con la finalidad de aclarar puntos dudosos u oscuros de la controversia el cual resuelve citando el articulo 17 y 215 numeral 2 de la Constitucion y el articulo 469 del Codigo Judicial y el articulo 13 del Codigo Civil señala:

Así las cosas la Corte estimo que en vista que en materia de Derechos Fundamentales rige el principio constitucional pro homine conforme al cual siempre **y no solo en caso dudas** debe optarse por una interpretacion que procure la mejor tutela satisfaccion promocion y reconocimiento de los derechos y Garantias Fundamentales y considerando que es **regla general** en nuestro ordenamiento juridico que el juez deba practicar pruebas de oficio el Tribunal de Amparo puede practicar pruebas de oficio en caso de dudas máxime cuando la tutela es exigida por una persona que alega estar en un estado de vulnerabilidad, como es el caso de los discapacitados (Cfr. La Sentencia del Pleno de 11 de Octubre de 2010) (El sombreado es nuestro)

En la cita del Fallo up supra podemos observar que la situacion juridica era la practica de una prueba de oficio por el Tribunal de Amparo era ya que no existe

regulacion procesal en este tipo de casos este Tribunal utilizando precisamente un principio constitucional resuelve considerando tambien que la regla general que el juez puede practicar pruebas de oficio

Ahora bien nos son estos principios positivizados constitucionalmente pertenecen a la conciencia colectiva

Es lo que se llama doctrina mas acreditable (De Buen)

Por tanto con la doctrina constitucional queda revelado que el Juzgador primario o juez ordinario podra facilmente mediante esta en forma de creacion integracion y hasta interpretacion aplicar las normas constitucionales y principios constitucionales en la resolucion de los conflictos de trafico privado porque al citar el fallo o la Sentencia constitucional hace una co construccion o recreacion de esa norma o principio constitucional (Valencia Restrepo 1999 pag 312)

Sin embargo en el evento de que ni la analogia ni la doctrina constitucional resuelva algun tipo de laguna o silencio o bien no aclare alguna normatividad civil para la resolucion del conflicto civil contamos con lo que Panama llama en elCodigo Civil las Reglas generales de Derecho pero que se ha aceptado que estos son los Principios generales de derecho

3 4 3 Las Reglas Generales de Derecho o Modernamente Principios Generales del Derecho, es la Plataforma ideal de la Aplicacion Directa de las Normas y Principios Constitucionales para llegar a un fallo de justicia y equidad en las relaciones juridico privadas

Valencia Restrepo (1999) en Nomoarquica Principialistica o Principios generales del Derecho determina la clase de reglas que vamos a analizar diferente a lo que hablamos en el capitulo anterior cuando analizamos las posturas

de Dworkin Zagrebelsky y Alexy al diferenciar las reglas y principios se refieren a las normas positivizadas y las que no Valencia Restrepo aclara lo siguiente

Nota introductoria Los dos (2) sentidos del vocablo regla Importante sobre manera para no llamarnos a error distingue los dos (2) sentidos contrarios y opuestos del vocablo regla

- 1 El sentido pristino de regla es encontrado en el derecho romano equivale a principio o norma principal
- 2 Se halla su segundo sentido en la doctrina contemporanea que lo emplea como sinonimo de norma no principal norma particular no principal norma positiva (explicitamente positiva en nuestra tematica) no principal y opuesta al principio o norma principal Asi la utilizan entre muchos otros los tratadistas Dworkin Alexy y Zagrebelsky (Valencia Restrepo 1999 pag 122)

Conclusion siempre que en el derecho romano se encuentre la dccion regla comprendasela exclusivamente en su primer sentido el de principio En cambio cuando se la halle en la doctrina contemporanea debe ser equiparada a norma no principal Es menester observar aqui y ahora que hay derechos contemporaneos **como el colombiano, el panameño y el griego que usan regla como sinonimo de principio** (El sombreado es nuestro)

Mediante las posturas de Dworkin Alexy y Zagrebelsky en cuanto a la preferencia de los principios a las reglas para resolver el caso dificil o por las lagunas que se presentan viendose el ordenamiento juridico nacional incapaz de resolver los conflictos empezamos por establecer en los Principios la plataforma para la aplicacion directa de las normas constitucionales para resolver los problemas o casos en las relaciones privadas basadas en justicia o juicios de valor

Mientras que el jurista norteamericano Dworkin nos abrio el panorama de diferenciar y optimizar las consecuencias entre las reglas de los principios y

quienes lo suceden Alexy y Zabrebelsky así como otros es Valencia Restrepo al hacer ese estudio de la Nomoarquica Principialistica o Principios Generales del Derecho el que nos presenta la Plataforma para el descubrimiento metodo de descubrimiento y de aplicacion de los principios generales del derecho y que nos sirvan para la aplicacion directa de los derechos constitucionales en las relaciones entre los privados o particulares sobre todo cuando hay desigualdad juridica (en este sentido nos referimos precisamente en cuanto a diferencias o desigualdades economicas juridicas entre otras entre los sujetos de la relacion privada

Nuestra maxima Corporacion de Justicia en Sentencia de 11 de febrero de 2000 Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia Proceso Ordinario Omar Solano vs BCCI (en liquidacion) nos habla de los principios generales del derecho

JURISPRUDENCIA Principios Generales de Derecho *Los principios generales de derecho son uno de los instrumentos de los que se vale los operadores judiciales para atenuar el actuar descomedido de los asociados al sentirse amparados por una norma legal En otras palabras el juzgador puede echar mano de estos principios para dictar justicia frenando los abusos que cometen los particulares so pretexto del ejercicio de un derecho*

Como se ha podido observar el recurrente en su defensa y con el proposito de excusar la conducta asumida por su representado en el sentido de que este jamas actuo con culpa o negligencia cuando procedio a pagar extrajudicialmente lo que se ordenaba en la sentencia con la que se condenaba al Banco a devolver los depositos de JERRY LEE HARVEY invoca el articulo 1042 delCodigo Civil como norma que lo facultaba y le imponia el deber de comportarse en los terminos por el adoptados de todo lo cual deduce la violacion directa de la disposicion que le imputa al fallo No obstante a la hora de examinar ese comportamiento la Sala no puede hacer abstraccion de lo que una importante corriente de la doctrina ha calificado como el abuso con que no pocas veces se actua al amparo del ejercicio de un derecho subjetivo La doctrina ha identificado la conducta abusiva cuando en el ejercicio de un derecho expresamente reconocido por el ordenamiento

en cabeza de su titular residen o tienen su origen los daños que se le ocasionen a terceros

Como con mucha propiedad y de manera convincente nos lo indica el autor argentino CARLOS A. GHERSI en su trabajo *TEORIA GENERAL DE LA REPARACION DE DAÑOS* contemporaneamente la evolucion del derecho civil moderno se ha visto obligada a echar mano de los principios generales de la buena fe el abuso del derecho el enriquecimiento sin causa la doctrina de los actos propios etc para poder contrarrestar los conceptos absolutos y tradicionales que han impregnado la noción de la culpa la autonomia de la voluntad y el respecto incondicional a la propiedad privada con el objeto de acercarse a la realizacion de la justicia y alcanzar los fines ultimos que se suponen comprendidos en el ordenamiento juridico En desarrollo de esa noción una importante corriente doctrinal ha conceptualizado el acto abusivo no solo como un exceso en el cumplimiento de un acto licito sino como una especifica forma de ilicitud Todo derecho observa en su ejercicio limites especificos que se hayan enraizados en su propia naturaleza A su vez la actuacion de todo sujeto debera adecuarse al marco impuesto por los principios generales del derecho lo cual supone la adecuacion de dicho ejercicio a la finalidad economica o social para la cual el derecho subjetivo ha sido creado sostiene el autor arriba mencionado (ob cit pag 195)

Cabe la posibilidad de que se produzca un acto abusivo en el ejercicio de un derecho cuando ha habido manifiesta intencion de perjudicar a otro a un tercero aun sin que dicha actuacion haya originado un beneficio propio Asimismo se producira el ejercicio abusivo del derecho si esta claro que la actuacion materializada es contraria a la funcion economico social inherente al derecho que se ejerce En cualquier caso habra que tener en cuenta la situacion particular de que se trate pero siempre ha de tenerse presente como criterio importante para establecer la existencia del acto abusivo que la desviacion en el ejercicio del derecho conduzca a apartarlo de la funcion social que lo justifica

La doctrina que merece nuestra atencion fue recogida en los siguientes terminos por el Tribunal Supremo de España

los derechos subjetivos aparte de sus limites legales con frecuencia defectuosamente precisados tienen otros de orden moral teleologico y social e incurre en responsabilidad el que obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe con daño para terceros y para

la sociedad tesis esta que ha sido patrocinada tambien por la doctrina cientifica patria que ha reconocido y perfilado el concepto del abuso del derecho considerandolo integrado por los siguientes elementos a) uso de derecho objetivamente legal b) daño a un interes no protegido por una especifica prerrogativa juridica y c) inmoralidad o antisociabilidad de ese daño manifestada en forma subjetiva cuando se actua con la intencion de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legitimo o bajo forma objetiva cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho (ob cit pag 197)

La genesis del acto abusivo que impone la obligacion de resarcir los daños ocasionados cuando se exceden los limites impuestos por la buena fe la moral o las buenas costumbres hay que encontrarla en el ejercicio que se hace del derecho propio No interesa que en principio o inicialmente la conducta sea licita Mas importante es que se compruebe que se ha actuado de una manera antifuncional sin una correspondencia logica con los fines de la norma que consagra el derecho bajo cuya proteccion ha actuado el sujeto

GIORGIANNI citado por GHERSI apunta que El acto abusivo es licito en relacion a su aspecto formal e ilicito en cuanto al contenido valorativo de la norma concepto que el argentino desarrolla en detalle de la siguiente manera

La ilicitud no se agota con la ilegalidad no surge solo de la contradiccion entre un actuar humano y lo prescripto por una norma juridica sino que alcanza tambien a aquellos comportamientos que aun encontrandose en consonancia formal y aparente con una determinada norma resultan contrarios a los principios generales del derecho que impregnan e informan la totalidad del sistema juridico (ob cit pag 199) (Codigo Civil Sistemas Juridicos S A

Esta sentencia claramente pone de relieve el Principio que prohíbe el Abuso del Derecho que no se encuentra ni recogido via legal ni constitucional sin embargo al juzgador no le temblo la mano en la argumentacion de fallo reconocerlo como un principio general del derecho y limite de los derechos subjetivos Asi es como un tribunal hace justicia mas que emitir un fallo en derecho y es lo que espera la comunidad de hoy Justicia

Al hablar de Principios Generales de Derecho como la formula con la cual el juzgador ordinario en nuestro derecho podra aplicar la norma constitucional o principio constitucional en las relaciones juridico privadas se merece que nos remontemos al reconocimiento que hace Valencia Restrepo cuando mencionamos los que se pueden encontrar o descubrir via legal (constitucionales civiles De Comercio) Porque establece que lo primero que se debe hacer es buscarlo en una regla del ordenamiento la cual contenga aquel de manera expresa (Valencia Restrepo 1999 pag 312)

¿Pero al preguntarnos que reglas del ordenamiento podria encontrar el juez ordinario panameño en medio de un problema juridico privado o en medio de un contrato que pueda vulnerar principios fundamentales en sus clausulas generales? En ese supuesto utilizando el metodo inductivo por la via legal es decir buscar en la regla el principio que este de manera expresa sea en los principios generales de derecho

En la Constitucion Nacional de la Republica las normas constitucionales contienen una serie de principios tanto de tipo constitucional como generales que serviran tanto para llenar las lagunas y pudiendo muchas de ellas aclarar oscuridad de una norma o bien reconocer los derechos humanos constitucionalizados pero antes de buscar en los principios constitucionales es necesario incursionar via legal de descubrimiento los principios generales del derecho que se pueden establecer en elCodigo Civil patrio y en este sentido el Dr Alexander Valencia Moreno al respecto nos privilegia con señalarnos que El

estudio de la estructura del Código Civil nos ha permitido resumir los principios fundamentales que lo oriente de la siguiente manera

- **Igualdad de las personas ante el derecho** El Código Civil estrena su articulado introduciendo en el artículo 1 la igualdad entre los nacionales y extranjeros principio del derecho natural o iusnaturalismo propio de la codificación latinoamericana Igual concepción encontramos con el artículo 38 del Código Civil referente a las personas naturales cuando señala que son personas todos los individuos de la especie humana cualquiera que sea su edad sexo estirpe o condición
- **La buena fe** Al respecto dice el profesor Boutin Entre los principios importados que conforman el derecho privado encontramos la buena fe (or the good faith) artículo 419 1109 1687 noción más que o todo romano germanica la libertad contractual tanto en los contratos civiles como en el régimen de capitulaciones matrimoniales consignada en el artículo 1162 y 1168 La norma reguladora por excelencia del principio de buena fe impera fundamentalmente en lo referente a los contratos señal el artículo 1109 Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conforme a la buena fe imponiéndose al respeto general Es por ello que se ha dicho que la buena fe Es la convicción o conciencia recta que tiene una persona de haber puesto de su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones o poseer todos sus derechos en contra posición a la buena fe exenta de culpa que es la creadora de derechos la que además de la conciencia recta exige una certeza absoluta del derecho que se alega
- **Principio de autonomía de la voluntad** Es un principio regulador del derecho civil en virtud del cual puede hacerse todo aquello no que esta prohibido por la ley Nuestro Código Civil lo recoge expresamente en el artículo 1106 Toma plena vigencia en materia contractual En tal sentido el contrato es un acuerdo creador de relaciones jurídicas entre personas y constituye un medio de realización social para intereses privados El negocio jurídico obra de la voluntad del hombre con finalidad jurídica aparece como la expresión técnica del reconocimiento de la autonomía privada como fuente creadora de efectos jurídicos el negocio jurídico constituye entonces el medio fundamental de realización del principio de autonomía de la voluntad Entre todos los hechos o actos jurídicos generadores de obligaciones el contrato es indudablemente aquel en el que la voluntad de los particulares

cumple una función más importante ya que su elemento característico es el consentimiento o sea el acuerdo libre de la voluntad de las partes. El Código Civil considera que el progreso y la justicia se realiza dejando a las voluntades individuales todo lo relativo al gobierno de sus bienes. De esta manera se puede entender que la voluntad enriquece o empobrece a cualquier persona. La autonomía de la voluntad es un principio básico del derecho contractual. El valor de este principio se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos.

- **La no retroactividad de la Ley** Se trata de un principio que va en defensa de la seguridad jurídica que es una finalidad inherente a toda sociedad moderna. Este principio alcanza respaldo constitucional en su artículo 46 y a la vez el Código Civil se hace eco del mismo al decir su artículo 3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo en perjuicio de derechos adquiridos.
- **No causar daño** La igualdad de las personas ante el derecho, la buena fe, el principio de la autonomía de la voluntad, principios esenciales sobre los que se cimienta y desenvuelve el Código de Porras, no quedarían resguardados sino se ordenare que toda persona que cause daño a otro está obligada a repararlo. Es por eso que tiene vigencia los artículos 986 y 1644 del Código Civil referente a los daños contractuales y extracontractuales respectivamente.
- **No enriquecimiento sin justa causa** Es principio fundamental del derecho civil y así lo expresa nuestro Código Civil que nadie debe enriquecerse sin justa causa tal como anota en el 1643 a, 1643 b y 1643c porque si lo hace esta la norma le impone la obligación de indemnizar al perjudicado según la disminución patrimonial. Aunque el código habla de indemnizar, la doctrina mayoritaria reconoce es del deber de devolver lo que injustamente ha logrado.
- **Normas de orden público** Se trata de normas que buscan la máxima armonía general a través de las instituciones. La pregunta que corresponde es ¿Qué representa el orden público? En opinión del jurista Valencia Zea <<El orden público está representado por todos aquellos principios que constituyen las bases esenciales de nuestra vida social>>. El Código Civil de Porras trae inserta la noción del orden público interno e internacional tal como lo plantea el profesor Boutin <<El artículo 5 es básico para entender la sociedad organizada por leyes al establecer que los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor. Este artículo erige lo que la doctrina ha denominado el orden público de dirección y se

distingue del orden publico de excepcion El orden publico de direccion punitivo A guisa de ejemplo el articulo 1131 delCodigo Civil dispone que los contratos sobre venta de bien inmueble o de cesion de acciones deben extenderse mediante escritura publica Esta regla es una disposicion de orden publico de direccion que las partes no pueden desvincularse otras hipotesis tienen lugar cuando la ley observa que los fideicomisos deben constar por escrito se trata de una imposicion deben constar por escrito se trata de una imposicion de una regla de direccion *ad probationem* Pero tambien el orden social incorpora la nocion de orden publico de direccion punitivo en el caso de la prohibicion de testar conjuntamente (articulo 701) Se trata de una regla de orden publico punitivo Mientras que le orden publico de excepcion o internacional es la aplicacion de los principios que informan el orden publico interno con miras a rechazar la opcion de una ley internacion cuya aplicabilidad en el derecho del foro conculcaria principios fundamentales de la sociedad panameña El derecho en el tiempo denominado derecho transitorio y en el derecho internacional privado los conflictos moviles constituyen una gradacion de la seguridad juridica y de los derechos adquiridos (articulo 21)>> Entiendase que el correcto y normal funcionamiento de la sociedad se logra con el imperio de las normas de orden publico

- **Normas de orden privado** Las partes mediante el imperio de su propia voluntad establecen las relaciones con todas las personas En elCodigo Civil hay que resaltar un area fundamental en el ambito de las normas de orden privado Las obligaciones contractuales y no contractuales por ejemplo en los contratos de compraventa elCodigo Civil en el articulo 1232 dispone reglas para la entrega de la cosa vendida y el 1271 hace lo propio para la forma de pago el articulo 1235 y así sucesivamente

Ademas de estos principios fundamentales delCodigo Civil Panameño reseñados por el Dr Alexander Valencia incluiríamos los siguientes principios fundamentales

- **El derecho a la vida y su proteccion** Los articulos 41 44 delCodigo Civil Panameño expone claramente esa proteccion cuando en el 43 dice **La ley protege la vida** este principio que esta por encima de todos los

demás claramente es connotado con esta redacción infraconstitucional. Si es cierto que el pro homine es un principio de derecho humano recogido precisamente en nuestra Constitución Nacional, recogido también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada mediante Ley 15 de 28 de octubre de 1977 que lo recoge en su artículo 4

En este caso citamos un caso de la vida real sin que la cuestión llegue a los tribunales se han presentado casos

en los hospitales de nuestro país de pacientes que después de un accidente grave ingresan a la sala de emergencia de un hospital sin que los acompañe un solo pariente y por ser Testigo de Jehová rehusan recibir transfusiones de sangre porque su religión no se lo permite a pesar de ser necesaria para su vida entrando de esta manera en colisión al menos dos derechos la objeción de conciencia y el derecho a la vida. Además el médico que lo atiende en este ejemplo es católico y sus principios no le permiten privarle de la vida al paciente y no tienen tiempo por la gravedad entregarlo en manos de otro médico. En tales situaciones debe hacerse una ponderación de ambos derechos y determinar cuál de ellos tendrá menos fuerza al ceder. Si aceptamos que en virtud del derecho a desarrollar su personalidad y su dignidad que permite al individuo planificar y conducir su vida

El derecho a la vida debe ceder ante los otros derechos y no se le hace la transfusión. Pero si prevalece la vida y la objeción de conciencia del médico este debe hacerle la transfusión de sangre ante el derecho absoluto a la vida porque en el programa de vida del paciente no son admisibles conductas que la destruyan. El médico puede negarse a realizar un aborto la eutanasia en un país que están permitidos porque su religión no se lo permite por respeto a la vida también puede rehusar hacer manipulaciones genéticas y fecundaciones artificiales. En todos estos casos deben cumplirse los requisitos para que proceda la objeción de conciencia (no dañar a terceros ausencia de fines políticos y valoración. Por ejemplo se daña a terceros sin una persona por motivo religioso no se quiere vacunar contra una peste que afecte a la población) (Escobar Fornos Aplicación de derechos fundamentales en las relaciones privadas s f)

El abuso del derecho Para el Doctor Julio Lombardo a entrevista en la Universidad de Panama (2017) al igual que en los apuntes del Doctorado en Derecho (Lombardo 2011) reconoce que el Abuso del derecho constituye un Principio General de Derecho su base y sustento descansa en la buena fe y reconoce de toda conducta que se coloca en contra con el ordenamiento legal en su conjunto es un acto ilícito por atentar contra estos principios El reconocimiento en la norma del Código Civil dice Lino Arias Bustamante es una proyección de el en el artículo 622

Artículo 622 Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo pero si de ello no reporta utilidad alguna o no tanta que pueda compensarse con el perjuicio ajeno será obligado a cegarlo (artículo 622 del Código Civil)

Pues bien a pesar del centenario de nuestro Código Civil el mismo cuenta con un número variado de principios que consideran el Doctor Alexander Valencia y el Doctor Julio Lombardo que hacen posible poder aplicarlos como principios fundamentales que protegen al hombre en su esencia o en persona y en sus relaciones jurídicas privadas Pero que ocurre con aquellos problemas o conflictos interpersonales en los que aunque se encuentren reconocidas como categorías del derecho

Ahora bien si en un caso difícil o una laguna o hasta en casos en que resulten un conflicto de normas donde más que los mencionados derechos fundamentales (como principios generales del Código Civil) nos resulte que no tenemos la

solucion a la controversia juridica privada pues no dista elevar nuestra mirada a aquel Cuerpo Normativo Superior expreso o adscrito

En cambio si no hay principio expreso entonces debe utilizar el metodo inductivo que va de lo particular (principio particular al principio general) y por ultimo si no se puede aplicar ningun metodo de estos entonces nos queda aplicar el metodo de la intuicion emotiva o sentido comun en este metodo llegamos a dos estadios la inteligencia y la espiritual

3.5 Los principios y las categorias del Derecho Civil

Nicolo Lipari llama a categorias del derecho civil en cuanto tales conceptos basicos han servido asimismo en una tradicion que ya es secular para construir sobre ellas una coherente explicacion doctrinal de la estructura sustantiva del ordenamiento como demuestra en un aspecto formal no exento de trasfondo doctrinal el sistema en que se plasman los planes de estudio de las facultades de derecho y la exposicion habitual en nuestros tratados y manuales persona derecho subjetivo negocio contrato responsabilidad derecho reales familia y sucesiones del conjunto normativo en el que el derecho civil se manifiesta (Nicolo 2016) En ese sentido el jurista italiano al relacionar las categorias del derecho civil con los principios establece que son dos conceptos completamente diferentes asi lo establecio La Sentencia No 6 de 1956 que Los principios son directivas de caracter fundamental que se pueden extraer de la conexion sistematicas de la coordinacion y de la intima racionalidad de las normas que concurren a formar en un determinado momento historico el tejido del

ordenamiento jurídico. En relación a este tejido, los principios, cualquiera que sea la técnica de su detección, son internos y representan la íntima conexión entre la trama y la urdimbre; las categorías, por el contrario, son externas, constituyen un modo, más o menos refinado, para entender la calidad del tejido; sus matizaciones y sus dibujos corresponden a la lógica y a la Ontología del Derecho.

3.6 Las Categorías del Derecho Civil en que aplicaría Directamente las normas constitucionales en las relaciones particulares

Las categorías que conforman nuestro Derecho Civil se desprenden de la taxatividad en el Código, entre ellas:

- 1 La Persona, que involucra la vida, como mencionamos, en ella se contiene la integridad, la propia imagen.
- 2 Los bienes, que incluyen la propiedad, en sí, los derechos reales.
- 3 Los contratos.
- 4 La herencia o derechos herenciales.

Como explicamos, las Constitucionales en los periodos de los Estados liberal, Social del Derecho y ahora Neoconstitucional han ido paulatinamente recogiendo dentro de su ramillete constitucional, dentro de una categoría denominada de los derechos individuales y sociales, categorías de derecho civil: dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto, derecho a la vida e integridad física y moral, derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la propiedad privada, la herencia, derecho de asociación, de fundación, familia (que ya no pertenece a la

categoría del derecho civil en Panamá) hasta la protección constitucional de consumidores

Entre los principios constitucionales superiores que también de ellos surgen los tales como la libertad, justicia e igualdad, la legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica

3.6.1 **Las Personas, naturales y jurídicas y el Principio de la Dignidad Humana**

Ya sea en un Estado Social del Derecho o en un Estado Constitucional, el derecho fundamental de la Dignidad Humana es reconocido desde el preámbulo de nuestra Constitución como también en el artículo 17 de la Constitución Nacional, y este artículo que extiende no solo los principios o derechos reconocidos, sino aquellos que también sean reconocidos en instrumentos internacionales. En una relación privada entre personas humanas, al hombre lo rodea en su práctica diaria, en ese sentido nuestra Corte Suprema de Justicia ha encaminado este derecho fundamental y en las relaciones jurídico privadas ya desde 1998, el juez ordinario provee de su vinculación dentro de la valoración del daño, como este:

AURELIO GARCIA CHAVARRIA RECURRE EN CASACIÓN EN EL PROCESO ORDINARIO CON RECONVENCIÓN QUE LE SIGUE A NIDIA PONCE DE KELLERMAN. PONENTE HARLEY J. MITCHELL D. PANAMA VEINTINUEVE (29) DE MAYO DE DOS MIL NUEVE (2009)

" En cuanto al daño moral y añadiendo a lo expresado por el Juez A quo en la sentencia apelada, también la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 26 de enero de 1998, expresó lo siguiente:

" Se suele decir que el daño moral puede ser identificado como aquel que resulta de la violación de uno o de varios

derechos inherentes a la personalidad de un sujeto de derecho. La violación de cualquiera de esos derechos inherentes a la personalidad: el honor, el decoro, la fama, la vida y la intimidad produciría perniciosas repercusiones en el ámbito moral del afectado.

En el caso de Marras, tal y como lo dijo el A quo, no se ha probado tal afectación de derechos personalísimos relativos a la dignidad humana, situación que le exigía al apelante una mayor y más consistente actividad probatoria. En tanto debemos establecer que la existencia del daño moral no puede probarse en base a meras especulaciones (cfr. Fallo de 2 de julio de 1999), lo que significa que al invocarlo, la tarea de lograr una indemnización debe ser tendiente a probar la lesión de uno de los atributos de la persona humana respecto a su identidad, dignidad e imagen de persona, que todos tenemos acerca de nosotros, situación que no ocurre en el caso en estudio al estar el mismo huérfano de pruebas contundentes que aseguren la obligación de asumir el daño moral. Por ello consideramos que la sentencia dictada por el Juez Primero del Circuito de Cocle, Ramo de lo Civil, debe confirmarse. (fs. 301-302)

Si se observa sobre la reclamación del daño moral en Marras, nos percatamos de que el Juzgador ordinario reconoció que los daños que produce en los derechos de la personalidad, o del honor, la fama, la vida y la intimidad, son relativos a la dignidad humana. No hay norma ni por parte del Juzgador primario ni en la casación, pues no es necesario advertir que es un principio fundamental la afectada: es la dignidad humana traducida en los derechos personalísimos: entre la identidad, la dignidad e imagen.

De otra forma, se reconoce que este principio constitucional, es decir, el derecho fundamental de la personalidad, honor, intimidad y la propia imagen, que algunos consideran como una categoría unitaria del derecho civil, los derechos de la

personalidad como una tecnica del Derecho civil para hacer frente a las intromisiones ilegítimas de sujetos de Derecho Privado en ámbitos de la propia

ACCIÓN DE AMPARO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PRESENTADO POR LA SOCIEDAD CARGAS LARRINAGA S A MEDIANTE APODERADO JUDICIAL CONTRA LA RESOLUCIÓN NO 201 5618 DE 17 DE MAYO DE 2012 DICTADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE INGRESOS DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PONENTE ABEL AUGUSTO ZAMORANO PANAMA NUEVE (9) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL QUINCE (2015)

Sobre el artículo 17 de la Constitución Política es necesario puntualizar que no solo establece la obligación que tienen las autoridades de proteger en su vida honra y bienes a quienes se encuentren bajo su jurisdicción sino el deber que tienen las autoridades de sujetarse al orden jurídico (constitucional y legal) y de asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales. Se trata de un precepto de contenido normativo y por ende no requiere de un desarrollo ulterior para tener eficacia tal y como lo corrobora el hecho de que en el texto no se aprecia ninguna cláusula de reserva legal además es bueno señalar que luego de las reformas a la Constitución Política mediante acto legislativo de 2004 dicha norma sufrió una reforma al establecer el último párrafo que los derechos y garantías que la Constitución consagra deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que inciden sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona con lo cual el marco de interpretación de este órgano guardián de la Constitución debe ser orientado en ese querer del Constituyente panameño que atinadamente incorpora en esa reforma el concepto de dignidad humana que a su vez debe ser asegurada por el administrador de justicia al garantizar el debido proceso como derecho fundamental

Sobre este aspecto y con un interés de carácter explicativo es importante referirse a la relevancia que tiene el concepto de dignidad humana en la teoría constitucional moderna. Así desde Immanuel Kant hasta la fecha distintos autores han expresado su concepto opinión o definición de dignidad humana y consideramos oportuna la de estos autores para hacerlas propicias al momento y época que vivimos en la actualidad

Así el profesor español de la Universidad de Alicante Tomás De Domingo en su obra *Los Derechos Fundamentales en el sistema constitucional Teoría general e implicaciones prácticas* señala lo siguiente

El principal objetivo de una teoría de la justicia consiste precisamente en la correcta determinación de lo justo hasta el punto de que sería más adecuado utilizar la denominación teorías de lo justo puesto todas ellas consisten en sistemas que tratan de determinar que es lo justo o como

llegar a conocerse y como se debe organizar una comunidad politica conforme a las exigencias de la justicia

Las teorias de la justicia suelen dividirse al menos en materiales y procedimientos. Las primeras aspiran a fijar directamente que es lo justo mientras que las segundas pretenden establecer el itinerario a seguir para llegar a conocerlo. La justicia basada en el reconocimiento de que la dignidad humana y el respeto a los derechos fundamentales de la persona son las bases en las que se fundamenta una ordenacion justa de la comunidad politica

Como se observa la dignidad humana y los derechos fundamentales se presentan estrechamente vinculados por lo que conviene precisar que papel desempeñan en esta teoria de la justicia

La dignidad humana significa en suma la exigencia de respeto incondicional al ser humano. Ahora bien el reconocimiento de esta exigencia plantea la cuestion de como se materializa tal respecto y la respuesta se encuentra precisamente en los derechos fundamentales

Por consiguiente los derechos fundamentales son propiamente lo justo aquello reconocido y/o atribuido a cada ciudadano mediante normas de rango constitucional mientras que la dignidad es el titulo es que se funda dicho reconocimiento y/o atribucion. Los derechos fundamentales se convierten en el criterio basico de justicia y normas acciones tanto de particulares como de poderes publicos y normas que lo lesionen podran calificarse de injustas y por tanto seria logico que el ordenamiento juridico dispusiera de mecanismos adecuados para reaccionar frente a ellas. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes publicos expresion que refleja algo mas que una exigencia de respeto

Así las normas que reconocen derechos fundamentales aparecen como un orden objetivo axiológico y como un sistema de valores que demanda aplicacion en todos los ambitos del derecho (DE DOMINGO TOMAS Los Derechos Fundamentales en el sistema constitucional Palestra Editores impreso en Peru 2010 p 17 21)

En otro orden de ideas respecto al caracter normativo del articulo 17 de la Constitucion Politica cuestionado en algunos episodios de la jurisprudencia patria no puede negarse dicha calidad y ello se comprueba con la lectura del fallo de 23 de diciembre de 1977 en el cual la Corte Suprema de Justicia señalo que *' constituye una verdadera y real garantia individual susceptible de ser violada o desconocida por los servidores publicos cuando su conducta no se ajusta a los terminos de la ley vigente El cumplimiento de la Ley*

obliga por igual a todos -gobernados- y es precisamente el Artículo 17 de la Carta Magna la garantía primordial que asegura en un Estado de Derecho la fiel observancia de la ley por parte de las autoridades toda vez que dicha norma les impone el deber frente a la comunidad de cumplirla y hacerla cumplir. Semejante garantía hace descansar todo un sistema jurídico sobre las bases sólidas y efectivas y desconocerlas sería tanto como negar la existencia misma del Derecho

En ese sentido el Magistrado Abel Augusto Zamorano considera que es necesario reconocer que este artículo 17 se considera aplicable a todos los ámbitos del derecho

El Principio de la Dignidad humana como principio constitucional que es de directa aplicación en todos los ámbitos del derecho abundantemente en los ordenamientos supranacionales como los internos penales administrativos en materia civil está dotado de un ámbito especial pues no solo se reconoce aplicar el mismo a las personas naturales sino también a las jurídicas. Por lo que en esa medida también la sociedad va a responder en casos en que esa persona jurídica se vea afectada y más aun si en estos casos en que se le afecte el nombre la reputación en ese sentido nos dice Alexander Valencia que el hecho de que la persona jurídica no participe en la totalidad de los derechos de la personalidad citados en la norma invocada no significa que no pueda ser sujeto agraviado de un daño extra patrimonial o moral del cual puede ser objeto vía imagen y prestigio los cuales integran parte de la reputación (Valencia Moreno XIII Congreso Panameño de Derecho Procesal 2016 pag 632)

Ha sido via jurisprudencia que se ha reconocido la indemnizacion del daño moral a las personas juridicas precisamente como lo ha dicho la corte puede haber daño a su buen nombre y prestigio (sentencia de 2 de julio de 1999 proferida por la Corte Suprema Sala de lo Civil Caso Envases del Istmo S A vs Coca Cola de Panama S A)

No esta demas en estas la posicion de Escobar Fornos en cuanto al principio constitucional de la dignidad humana como aplicacion directa de este sea normativizado o no constitucionalmente porque señala que

es la base de los derechos fundamentales y de los valores superiores del ordenamiento juridico es la dignidad humana. Nipperdy al continuar con la exposicion de su teoria directa parte de la idea fundamental de la dignidad humana no es unicamente invocable y vinculante frente a los poderes publicos sino tambien vincual a los particulares pues de otro modo no seria posible afirmar que la dignidad humana representa el fundamento del ordenamiento juridico. Por lo tanto la proteccion del Estado a la dignidad humana supone el reconocimiento en el trafico juridico privado de un derecho subjetivo absoluto irrenunciable a la dignidad humana el que puede ejercerse frente a las demas personas juridicas. Si este derecho solamente se pudiera defender frente a los poderes publicos la persona se encontraria desarmada ante las vulneraciones de otros particulares.

Lo difícil es determinar el contenido de la dignidad para establecer en cada supuesto si la limitacion consentida de un derecho fundamental encierra una violacion a dicha dignidad. Es conveniente señalar que la dignidad humana es una base importante de la teoria directa e indirecta. La teoria indirecta admite como excepcion la eficacia directa del principio de dignidad.

Podemos decir que la dignidad humana tiene como nucleo central la libre eleccion del individuo de sus ideales el programa del desenvolvimiento de su vida la escogencia de sus valores y el derecho a que se respete esa opcion.

Este principio tanto de derecho natural constitucionalizado reconocido en literatura universal y nacional es la base de la vida y respeto del hombre como lo establecimos en la primera pagina de este trabajo el hombre cuando fue creado no tenia que reclamar derechos porque su constitucion tenia la imagen y semejanza de aquel que no puede ser desmejorado degradado sino que tiene una garantia de plenitud total esa misma plenitud la goza todavia el hombre de hoy sin embargo despues de mas de 5557 años se ha creido que es necesario exigirla en el desarrollo de la vida del hombre ya que los otros semejantes a el desean en muchos casos en cualquiera de las areas de la vida – nacimiento desarrollo educacion relaciones sociales relaciones familiares relaciones comerciales y hasta cuando tiene su ultimo halito de este desmejorarlas degradarlas aventajarlas

Por tanto el juzgador ordinario debe internalizarse en el examen de un caso en particular reconocer ese principio de la dignidad humana en esas relaciones juridicas entre particulares que se presenten en donde uno de los dos saldra victorioso y el otro no pero tendra claro como dice Rawls certeza de que la institucion que decidio su problema lo efectuo en base a un principio de justicia dentro de la libertad igualdad que han sido establecidas en el medio en que se desenvuelve

En cuanto a la dignidad humana tambien se integran el derecho fundamental del Derecho a la intimidad y sobre todo en la era de la sociedad de la informacion el cual encontramos proteccion en el articulo 42 de nuestra Carta

Fundamental y la cual también nos concede acceder a la información personal como un derecho subjetivo público sobre todo frente al Estado como también a los particulares que por su alto nivel también resulta un peligro en nuestra sociedad

La concepción de Dworkin de igualdad se encuentra muy cerca de la idea de fraternidad toda vez que en ella incluye el trato a los ciudadanos como trato con igual interés y respeto. Con esto no se quiere hablar de un principio formal puro pues ella es solo una concepción interpretativa del concepto de justicia. El principio de igual interés y respeto comprende la idea de la autonomía y dignidad de los seres humanos. Asimismo dicho principio exige en especial que quien actúa como operador del derecho como bien podría ser el juez se ponga en el lugar de los demás considere sus valores y ambiciones y los respete (Rojas Amandi)

Dentro de la dignidad humana se incluye los derechos de la personalidad señala el Dr. Alexander Valencia en Lecciones de Derecho Civil (Personalidad Personas y Actos o Negocios Jurídicos) que hay ciertos derechos contenidos en ellos como el derecho a la vida como el derecho a la libertad derecho a la igualdad y derecho al honor en cada uno señala tanto el reconocimiento de estos derechos tanto desde materia constitucional como penal laboral y hasta sus reconocimientos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes

del Hombre y Declaracion de los Derechos Humanos Por lo que una de la partes integrantes de exigir esa Dignidad Humana reconocida constitucionalmente y que integran otros derechos que tambien son reconocidos como derechos naturales o humanos y que son exigibles en las relaciones juridicas privadas y deben ser exigibles en los procesos civiles que se someten a la jurisdiccion ordinaria por ser primarios de sustancia real y activa a prima facie Y esto va mas alla del positivismo aceptando principios generales positivados en este documento con valor innegable

No queremos dejar de advertir que la Constitucion Nacional protege el domicilio En cuanto a la inviolabilidad del mismo y es que la inviolabilidad del domicilio es un principio de derecho fundamental porque el domicilio de las personas sean naturales o juridicas cuentan como una extension de las mismas personas En materia penal se ha declarado que hasta los vehiculos a motor son extension del domicilio de las personas y por tanto tambien estan protegidos como derecho fundamental y nuestroCodigo Civil regula las señales y limitaciones del denominado domicilio y es en ese sentido en medio de las relaciones particulares de tipo juridico que ha de ser reconocida en su aplicacion en casos que se presenten en materia civil que requiera necesariamente establecer que es un Principio considerado dentro de la

integridad del hombre en su modus vivendi. Constitucionalmente los artículos 26 y 27 reconocen este principio en el domicilio aunque como vemos la misma normativa constitucional hace excepciones en cuanto a situaciones de emergencia y aflicción social entendible claramente por la filosofía de nuestra Constitución de Corte Social y que va encaminada según el Preamble de esta a la búsqueda de la promoción de la justicia social el bienestar general y la integración regional claramente recogido en el artículo 50 que a letra dice

Cuando de la aplicación de una Ley expedida por motivos de utilidad pública o de interés social resulten en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma Ley el interés privado deberá **ceder al interés público o social** ”

El juzgador primario deberá tomar en cuenta dichas normas constitucionales para resolver conflictos de particulares en donde también prevalezca el interés social cosa que también ocurre en el caso de los derechos reales veamos

3.6.2 De los Bienes, que Incluyen la Propiedad en sí los Derechos Reales

La categoría del derecho civil relativa a los bienes y la propiedad como derechos reales en donde no solo se involucran su relación con otros particulares

sino tambien en referencia con el Estado de forma directa influye claramente la normativa constitucional en cuanto a los mismos

En Colombia señala Jorge Parra Benitez que El Derecho de bienes y la materia contractual han recibido el influjo de la constitucionalizacion juridica estricta

Efectivamente la ley regula todo lo concerniente a los bienes en tanto que son susceptibles de ser adquiridos por los particulares y los que no son susceptibles de serlo e influyen otras normativas legales en cuanto a la propiedad si en estas se involucran tanto la proteccion del medio ambiente (de derecho ambiental) como proteccion de la fauna flora en nuestro pais la cuenca asi como otras protecciones a la propiedad en que se vera involucrado el ciudadano como tambien el particular en si no solo en medio de estas sino tambien en la proteccion de su derecho fundamental a la propiedad privada que consagra el articulo 47 sin embargo el que subsiguientemente preve que por razones de la funcion social que debe llenar este derecho implica para el obligaciones Como tambien la prevision que pueden hasta ser expropiados por razon es de utilidad publica o interes social Es esta un derecho fundamental con limitaciones como manifestaba en lineas superiores Rawls que en medio de las libertades y la igualdad hay cierto momento que son limitadas por las instituciones con el animo de garantizar el bien comun de los asociados y que los mismos son capaces de aceptarlas

Señala Parra Benitez que

Acerca de la propiedad junto a los pronunciamientos de exequibilidad (tratandose de la definicion y alcance sentencia C 595 de 18 de agosto de 1999 o los casos de extincion de dominio sentencia C 374 de 13 de agosto de 1997) se debe citar algunos de tutela como el de la sentencia T 427 de 18 de agosto de 1998 en la que se tutelo el derecho a la vida y a la integridad de la solicitante y de sus dos hijos menores por el cerramiento de un inmueble de propiedad de una asociacion de padres de un colegio en razon a la funcion social de la propiedad y por cuanto se interrumpe el paso por dicho inmueble exponiendo a los transeuntes a transitar por la via publica

Tratandose de la posesion por ejemplo con/la Constitucion se ha alcanzado a discutir si aun la posesion es un hecho o es un derecho y eventualmente un derecho fundamental Veanse en este sentido las sentencias T 078 de 26 de febrero de 1993 sentencias T 172 de 24 de abril de 1995 y T 249 de 26 de mayo de 1998

Y sobre los limites de la vecindad (en la propiedad horizontal) y a proposito del derecho a la intimidad la sentencia T 454 de 31° de agosto de 1998

En el caso de esta sentencia T 454 reproducimos un extracto de la misma para observar el problema de las Propiedades Horizontales donde se vulneran derechos humanos constitucionalizados

Sentencia T 454 de agosto 31 de 1998
 CORTE CONSTITUCIONAL
 SALA SEPTIMA DE REVISION (Colombia)
 PROPIEDAD HORIZONTAL
 SUSPENSION DE SERVICIOS A DEUDORES MOROSOS
 EXTRACTOS «La peticionaria estima que la asamblea general de copropietarios del edificio donde habita transgrede su derecho a la intimidad cuando exige que la entrega de articulos solicitados a domicilio se realice en la porteria **Asi mismo, considera que se viola el debido proceso cuando se sanciona el incumplimiento del pago de cuotas de administracion con la suspension del servicio de gas**
 ()

Controversias que surgen de la propiedad horizontal y la accion de tutela

3 En reiterados pronunciamientos esta corporacion ha señalado que la accion de tutela no procede por cuanto el mecanismo judicial idoneo es el proceso verbal sumario a que alude el paragrafo primero del articulo 435 delCodigo de Procedimiento Civil en aquellas controversias entre copropietarios relativos a temas como a) la modificacion de los bienes de uso comun las alteraciones en su uso la organizacion en general del edificio ⁽¹⁾ b) la definicion acerca de la legalidad de la norma aprobada en tal sentido por la asamblea de copropietarios ⁽²⁾ c) los conflictos economicos que se derivan de la aplicacion del reglamento de propiedad horizontal tales como el pago de una determinada cuota de administracion ⁽³⁾

(1) Ver las sentencias T 233 de 1994 M P Jose Gregorio Hernandez Galindo y T 070 de 1997 M P Antonio Barrera Carbonell

(2) Sentencia T 228 de 1994 M P Jose Gregorio Hernandez Galindo

(3) Sentencias T 228 de 1994 M P Jose Gregorio Hernandez Galindo T 630 de 1997 M P Alejandro Martinez Caballero

Por el contrario la accion de tutela procede como un medio eficiente y eficaz para la proteccion inmediata de derechos fundamentales que resultan vulnerados con las decisiones de aquellas personas y ademas se constituye en la via procesal prevalente en las siguientes ocasiones a) cuando *prima facie* existe una vulneracion de derechos fundamentales o una limitacion arbitraria de estos derechos b) cuando el proceso verbal sumario no resulta idoneo y efectivo para lograr el amparo inmediato de derechos fundamentales conculcados o amenazados en razon de actos expedidos por dicha junta o asamblea

⁽⁴⁾ c) **cuando las decisiones de la administracion o asamblea impiden la satisfaccion minima de las condiciones de existencia vital que los individuos no pueden asegurarse por si mismos Esto quiere decir que la accion de tutela es procedente cuando “ese espacio donde el hombre requiere de los demas para proteger necesidades vitales no puede ser anulado por el grupo social”** ⁽⁵⁾

(4) Sentencia T 333 de 1995 M P Antonio Barrera Carbonell

(5) Sentencia T 670 de 1997 M P Alejandro Martinez Caballero

4 Pues existen dos situaciones que se reprochan a saber la suspension del servicio de gas y la limitacion de la entrega de domicilios en cada apartamento **La primera situacion envuelve aspectos fundamentales, como quiera que puede relacionarse con una limitacion arbitraria de condiciones minimas que ofrecen los servicios publicos, lo cual podria originar transgresion de derechos fundamentales Por lo tanto, la accion de tutela es el mecanismo judicial idoneo para solucionar el presente asunto Sin embargo no sucede lo mismo con el segundo aspecto puesto que se refiere a una decision directamente relacionada con la**

administración del edificio y no afecta derechos constitucionales fundamentales lo cual es susceptible de discusión en la vía ordinaria

El Caso en Panamá de Yanilis Pitalúa

Este es el caso de la señora Yanilis Pitalúa que vive en un Edificio Silver City No 1 apartamento 5 A. La Junta directiva conjuntamente con la Administración decide suspender el servicio de gas por falta de pago. La prenombrada hoy ya hace 3 años y a pesar de efectuar arreglo de pago continúa sin el servicio. Sin embargo por lo que en ese caso requerimos que el Juez ordinario sea el encargado de conocer sobre litigio claro que mediante la aplicación directa de las normas constitucionales mediando el principio de dignidad humana por la necesidad del gas como artículo de existencia vital. Señala que otro inquilino se suplió de un tanque de gas y lo multó la administración con B/ 5 000 00 violentándose los derechos fundamentales pero los mismos continúan sin poder adquirir el servicio.

‘Cualquier juez civil panameño determinara que son cláusulas generales entre los co propietarios de una propiedad horizontal por tanto en este caso trata a la co propietaria como morosa y considera que es una medida administrativa efectuar el corte del servicio de gas del apartamento. Mediante la ley de Propiedad Horizontal ley 31 de 2010 el administrador tiene como mecanismo gestionar ese cobro por medio judicial pero también puede conforme el artículo 25 de esta ley cortar el suministro de gas internet entre otros ¿Es entonces este artículo vulnerador de derechos fundamentales? ¿O en Panamá no se reconocen los

derechos fundamentales de este tipo por encima de estos son mas importantes las deudas?

Sin embargo este tema seria de un profundo analisis de un Recurso de Inconstitucionalidad en Panama porque el Juez ordinario por el principio de legalidad se vera impedido de la aplicacion indirecta de las normas constitucionales en esta relacion juridica privada como ocurrio en el caso Luth

3 6 3 Los Contratos y la Libertad Contractual La Posicion de la Autonomia de la voluntad frente a la Drittwirkung Directa

La libertad contractual es tambien un principio del derecho privado protegido y es la maxima libertad que tienen los individuos de decidir en sus relaciones patrimoniales

La autonomia de la voluntad que privilegia al derecho civil y las relaciones de sus particulares resulta ser en la Teoria de la Drittwirkung el aspecto mas debatido ¿Por que? Porque lo primero que se tiene en mente es que es limitada la autonomia de la voluntad y hasta la libertad contractual con reconocer derechos fundamentales en las relaciones juridicas privadas que fueron anteriormente reconocidos constitucionalmente como protecciones contra el Estado

A la pregunta Nipperdey en trabajos posteriores desarrolla lo expuesto anteriormente

Sostiene que la aplicacion directa de los derechos fundamentales no pone en peligro la autonomia privada pues debe realizarse respetando el desarrollo de la personalidad consagrado en el articulo 21 de la Constitucion lo que supone la constitucionalizacion del Principio de la

Autonomía Privada Sostiene que al negarle a los particulares la facultad de disponer de su esfera jurídica aceptando determinadas restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico se les podría privar de todos esos derechos los cuales se justifican como instrumentos y garantías de la libertad individual Pero añade que esta facultad de imposición es aceptable si los sujetos se encontraran en un plano de igualdad de hecho y de derecho pues no es admisible que una de las partes no actúa con plena autonomía por estar condicionada por la otra parte de mayor poder

Nipperdy señala que la construcción contemporánea del concepto de la autonomía privada es compatible con la aplicación directa Resalta el autor que eso se debe a que en el tránsito del Estado de derecho hacia el Estado social de derecho ante la injusticia de la ética liberal formal surge la ética material de la responsabilidad social (p 174)

En ese proceso ya el derecho civil dice Nipperdy resulta materializado y lo denomina la materialización del derecho privado

De manera que el derecho privado ya no se considera como un ámbito destinado exactamente a asegurar la realización de la autonomía privada sino también es puesto al servicio de la justicia social por lo que no es extraño que no quede excluido de la intervención estatal lo que evidencia un debilitamiento de la oposición entre el derecho público como ámbito sometido a la regulación estatal y el derecho privado como esfera regida por la libertad individual

Esta materialización tiene su manifestación en la materialización de la libertad contractual y la materialización de la justicia contractual

La materialización de la libertad contractual distingue entre la libertad de decisión jurídica formal y la libertad de decisión fáctica o material en la contratación Los ejemplos aclaran Si una de las partes del contrato lo impugna porque consistió bajo la presión de otra parte que se valió de su superioridad se presentan dos tipos de soluciones a) o se mantiene el vínculo contractual en virtud del principio de la autonomía formal fundándose la decisión en valores liberales partiendo de que la persona es libre y responsable por lo que libremente se obliga y asume los efectos y consecuencias de sus actos b) o se anula el contrato porque una de las partes carece de voluntad real prevaleciendo en este caso la libertad material sobre la formal fundándose la decisión sobre valores sociales al

concederles relevancia a la dignidad de las personas y a la limitación real de la libertad de decisión todo lo cual justifica la protección del más débil

Escobar Fornos llega a la conclusión que una vez que se acepta la eficacia de los derechos fundamentales en forma directa o indirecta en las relaciones privadas se reconoce un límite en la autonomía de la voluntad ante la injusticia contractual del poder privado el siguiente paso es determinar el cómo y el cuánto de la eficacia (p 180)

El es decir Escobar Fornos nos señala que

la tesis directa pues para solucionar la controversia selecciona el derecho aplicable al caso concreto y determina los derechos en conflicto con el fin de matizar la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas Al articular la aplicación inmediata y la autonomía de la voluntad encontramos las limitaciones de los derechos fundamentales consentidas por la parte afectada y las restricciones impuestas por una parte pero no consentida por la otra

Reconoce que estas limitaciones consentidas se refieren a que los derechos fundamentales pueden chocar con la libertad contractual por lo que se debe estudiar las circunstancias que rodean el caso y además tendrán en cuenta dos criterios fundamentales para la valoración la autonomía real y el respeto a la dignidad humana

En cuanto a la autonomía señala que si una de las partes está en posición de inferioridad a la otra que goza de un orden privado superior no existe autonomía de la voluntad por tal razón solo admisible y válida la renuncia del ejercicio de un derecho fundamental cuando existe igualdad de hecho y de derecho entre las partes

Vuelvo a insistir que los partidarios de la aplicación directa no rechazan la autonomía de la voluntad uno de los pilares del derecho privado

razon por la cual la Constitucion garantiza y protege los principios fundamentales del ordenamiento juridico privado y economico Cuando el contratante renuncia o limita sus derechos fundamentales frente a la otra parte poderosa debera considerarse nula la clausula o el contrato porque no actuo libremente en ejercicio de su libertad contractual (Fornos Escobar p 182)

Ahora bien definitivamente que podemos decir en este ambito que el derecho civil patrio no cuenta con la normativa suficiente para que en aquellos casos en que se encuentre en alguna desventaja de una las partes contractuales no se haya resultando con la armadura delCodigo

Ya en el año 2005 bajo la ponencia del Magistrado Virgilio Trujillo reconocida que frente a la autonomia de la Voluntad ya habia una limitacion si en estos contratos existian acuerdos que eran contrarios a la ley a la moral y al orden publico

Nos encontramos ante un contrato de libre discusion y no de adhesion y es por ello que habiendo tenido ambas partes la oportunidad de formar el acuerdo de voluntades luego de una discusion de todas las estipulaciones incluso la de comprometerse reciprocamente por un periodo de cinco años a cumplir las prestaciones y contraprestaciones señaladas en ese acuerdo no puede el fallo recurrido reconocer como valido el argumento posterior de una de las partes en cuanto a que dicho compromiso no le obliga y que por ello esta facultada para cambiar o desconocer las condiciones del mismo (articulo 1107 delCodigo Civil) a menos que la estipulacion que consagra el citado compromiso sea contraria a la ley al orden publico o a las buenas costumbres o que se compruebe que la voluntad fue viciada o sea que no se formo validamente por algunas de las circunstancias que consagra la ley como el error violencia o intimidacion y dolo vicios del consentimiento que no se han dado en el presente caso

Evidentemente en el presente caso nos encontramos con un contrato en el cual a cambio de los beneficios de corretaje y asesoria especialmente diseñados para las necesidades de la Cooperativa esta

se comprometia a mantener a Ureña y Ureña S A como su corredora por el termino de cinco años con independencia de las polizas de seguro que contratara Es por ello que no se trata de una simple labor de intermediacion por el corredor sino de un contrato de asesoria con funciones y deberes especificos tales como asesoramiento tecnico para la confeccion de pliegos y especificaciones en la contratacion de polizas de seguros apoyo y soporte en los procesos de reclamos ante las aseguradoras resolucio de consultas en materia de seguros asistencia a reuniones charlas y seminarios a solicitud de la Cooperativa mantener una actualizacion en las tecnicas y legislaciones relacionadas con seguros en beneficio de la Cooperativa deposito a favor de esta un bono de cumplimiento de contrato etc (cfr contrato de fs 9 a 11)

Lo anterior es fundamental para dar sentido a la existencia y validez en el presente caso de la autonomia de la voluntad de las partes para contratar todo aquello que no sea contrario a la ley a la moral o al orden publico (articulo 1106 delCodigo Civil) y que una vez perfeccionado el contrato es ley entre las partes (articulo 976 delCodigo Civil) En cuanto a la posibilidad moral el autor Ricardo Uribe Holguin señala lo siguiente

Es moralmente imposible el hecho prohibido por la ley o contrario a las buenas costumbres o al orden publico Ejemplo del primero es el delito penal o civil del segundo el hecho publico y notorio que sin estar prohibido expresamente por la ley sea contrario a la moral social del tercero el que atente contra la seguridad del Estado (URIBE HOLGUIN Ricardo De las obligaciones y del contrato en general Temis Bogota 2ªedic 1982 pag 13)

3 6 4 La Herencia, o Derechos Sucesorios

Una categoria tan especial como el derecho de sucesiones comenta Landa Arroyo que

En ese sentido la Constitucion no es mas un simple limite sino un objetivo de la sociedad en su conjunto asumiendo la labor de remodelar las relaciones sociales y no mas aquel de preservar el maximo de la legalidad Por tanto el Derecho Civil ya no puede ser entendido ni aplicado sin la optica de proteccion de los derechos fundamentales y respeto a los demas bienes constitucionales Muestra

de ello es la constitucionalización por ejemplo de ramas como el Derecho Sucesorio o el Derecho de Familia en un avance por proteger a la persona y buscar una mejor defensa de sus derechos y su dignidad (Landa Arroyo 2014)

En esta categoría del derecho civil en el campo sucesoral en materia de sucesiones intestadas la Constitución Nacional reconoce en el artículo 60 del Título de La Familia que los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos hereditarios derechos en las sucesiones intestadas Y adicional establece que reconoce los derechos de **los hijos menores o invalidos y de los padres desvalidos en las sucesiones testadas** Ahora bien en este ámbito ya la Constitución en esta categoría del derecho civil, hace una verdadera intromisión proteccionista, ante derechos de personas en un estado de **minoría o desvalidos** La norma constitucional frente a una libertad consagrada en nuestro Código Civil en el artículo 699 como lo es la libertad de testar y 778 de instituir heredero siempre y cuando deje los derechos alimentarios de los hijos esta se limita en los casos mencionados Caso diferente es la normativa en los casos que preve el Código de la Familia con respecto a ciertos regímenes económicos matrimoniales en los que textualmente nos dicen los artículos 111 y 167 en el régimen económico de participación de las ganancias y sociedad de ganancias respectivamente

Artículo 111 Si la extinción es por causa de muerte al conyuge sobreviviente le corresponde una cuarta parte del patrimonio final del consorte fallecido en concepto de participación en ganancias

Artículo 167 Cada uno de los conyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales

De lo anterior podemos colegir que frente a estas normativas hay una norma constitucional directamente aplicable en casos de duda o de prioridad frente a otras normas que en el caso comentado estaríamos frente a la protección de los menores o desvalidos que establece la Constitución y el Código Civil y el privilegio que contiene el matrimonio y los regímenes que se someten en caso de muerte no es en este aspecto perfectamente aplicable la norma constitucional en caso de duda u oscuridad o prelación de derechos constitucionales

Y el juzgador civil frente a una sucesión testada o intestada se enfrentaría a dos principios fundamentales en colisión por lo que tendría que como teoriza Robert Alexy aplicar la ponderación de uno sobre otro

3.7 Propuesta Legislativa a fin de Aplicar las Normas Constitucionales de Forma Directa en las Relaciones Jurídicas Privadas

En el desarrollo de este capítulo hemos tratado de hacer una simetría entre los principios constitucionales y generales del derecho y las categorías del derecho civil panameño. La constitucionalización de categorías civiles en nuestro país condiciona someter a los casos a una visión principialística que nos lleve a considerar un entorno más axiológico. Logrando al final humanizar las relaciones entre los particulares tomando en cuenta su conflicto sin desdeñar el ser. Es lo que reconoce Pablo Darío Villalba Bernier en el Congreso El Constitucionalismo de los Derechos

Son elementos trascendentes de una vision constitucionalizada los principios y valores constitucionales que deben llegar al ordenamiento juridico por lo que un Estado Social de Derecho precisamente plantea la aplicabilidad de los derechos fundamentales con sus contenidos valorativos hechos efectivos por el organo jurisdiccional (Villalba Bernie 2014)

Hemos comprobado que en el caso de lagunas por medio de los mecanismos que preve el articulo 13 delCodigo Civil Patrio en los supuestos de la doctrina constitucional y de las reglas o principios generales de derecho se aplican las normas principio constitucionales en las relaciones juridico privadas sin necesidad de algun cambio legislativo que pueda alterar la normatividad sea civil o constitucional

La pregunta de este trabajo si es posible que la solucion de los casos civiles pueda resolverse con la aplicacion directa de las normas constitucionales o principios de derechos humanos constitucionalizados en los casos de derecho privado por parte del juez ordinario Hemos desarrollado que estos casos se resuelven con la norma aplicable al caso y solo podriamos resolverse con la Drittwirkun directa en los casos de insuficiencias de normas infraconstitucionales o lagunas en los casos de oscuridad o falta de claridad en las normas con las cuales podria resolverse el caso luego entonces lo logico es que se amplie la normativa civil en el sentido que nuestro legislador efectue una inclusion al articulo 2 delCodigo Civil y quede asi

Articulo 2 delCodigo Civil Panameño

El tribunal que rehusa fallar a pretexto de silencio oscuridad o insuficiencia de las leyes incurra en responsabilidad

Las normas de la Constitucion de eficacia inmediata sobre derechos fundamentales, deberan aplicarse en forma directa en las controversias que lo ameriten

Y la inclusion en este articulo se hace propicia por la necesidad de un juzgador de fallar un caso o emitir una decision que resuelva la controversia para no incurrir en responsabilidad que en ese momento se encuentra en una situacion de laguna legal u oscuridad de la norma aplicable y sin hallar en los demas presupuestos – analogia o doctrina constitucional- solo le resta aplicar los principios generales del derechos que en principio estan contenidos en liderados por las normas contempladas en la Constitucion Nacional recogidos como derechos fundamentales

Resultara con la mencionada propuesta al articulo 2 de nuestro Codigo Civil es necesario considerar aplicar dichas normas constitucionales en las controversias que lo amenten es decir que se le otorga al juez la capacidad de hacer un juicio tanto de racionabilidad como de razonabilidad en determinar cuales son las causas que ameriten aplicar las normas principio de la constitucion o principios recogidos en la Carta Magna como derecho fundamental

Una vez que el articulo este dotado de tal adicion sera facil para el juzgador civil ordinario observar si en medio de la relacion juridica particular sometida a su analisis para una justa decision tiene a bien considerar si dentro de ella se estan violentando derechos fundamentales

3.8 Propuesta de Ciencia Jurídica (Principlística) Desarrollada por la Argumentación jurídica como fórmula para la *Drittwirkung* directa en Panamá

Dworkin plantea que los principios son estándares que han de observarse debido a que son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y que tienen por objeto la protección de derechos subjetivos particulares p. 83 y por ello menciona una de las conclusiones del autor Rojas Amandi en su artículo sobre Los Principios Generales del Derecho y Dworkin

La tesis central de la teoría de Dworkin es el análisis de los métodos de la argumentación judicial. Argumentativa es la praxis jurídica, pues todos los argumentos que se hacen valer en un proceso tienen por objetivo último fundamentar una pretensión con lo que la praxis acusa un aspecto proposicional. El resultado de dicho análisis es que dichos métodos no solo sirven para descubrir el derecho sino también para justificar la aplicación de este (Rojas Amandi, El concepto de derecho de Dworkin).

Y es que para la aplicación directa de la norma constitucional sea como norma o principio en la relación jurídico privada, plasmada o no en la normativa constitucional, no se podrá utilizar los métodos de interpretación hasta ahora utilizados: exégesis, histórica, jurisprudencia de conceptos y de intereses sociológica, realista, analítica, sino que ante la propia redacción de las normas constitucionales, estén o no escritas, y del silogismo usual: hecho, norma y resultado, sino uno que definitivamente mediante métodos principlísticos inductivo o emotivo intuitivo que descubre el principio, deberá plasmarlo en la decisión judicial utilizando la argumentación jurídica. Así lo menciona Perelman citado por Robert (Alexy, 2005) que la estructura de la argumentación que sirve

de fundamento a una decision parece muy diferente de la de un silogismo por medio del cual se pasa de unas premisas a una conclusion. Mientras que en el silogismo el paso de las premisas a la conclusion es necesario, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decision. p 26. Y Karl Larenz en la obra de Alexy sobre la Teoria de la Argumentacion Juridica nos dice: ya nadie puede afirmar en serio que la aplicacion de las normas juridicas no es sino una subsuncion logica bajo premisas mayores formadas abstractamente. p 31

Dworkin en su planteamiento sustenta que la aplicacion de la teoria de la integridad que es identica con la idea de coherencia, el cual se plantea como la idea del holismo juridico segun la cual todas las premisas ya estan contenidas en el sistema juridico o se encuentran ocultas y solo necesitan ser descubiertas.

La teoria de la Argumentacion juridica es la que resolvera el problema de la interpretacion correcta o cuya solucion cuando menos se aproxime. p 46

La pregunta que sobreviene es obvia: ¿que clases de argumentos encajarian en la aplicacion de la norma constitucional o principio en la decision de un caso entre dos particulares? Si afirma Alexy que los posibles argumentos en la fundamentacion juridica se pueden clasificar de variadas formas. La clasificacion que se escoja depende esencialmente de la finalidad perseguida con ella. Recomendamos una division en cuatro categorias: argumentos linguisticos, geneticos, sistematicos y practicos generales. Para nuestro estudio los sistematicos que son los que se apoyan en la idea de la unidad o de la coherencia.

del sistema jurídico. Con ellos se activa el verdadero núcleo del pensamiento transmitido en el modelo de coherencia (Alexy 2005). Alexy agrega que estos es decir los sistemáticos se pueden distribuir en ocho subgrupos: 1 De garantía de consistencia, 2 Contextuales, 3 Conceptual sistemáticos y 4 Argumentos de principios así como 5 Argumentos jurídicos especiales como la analogía, 6 Prejudiciales, 7 Histórico que elaboran una conexión sistemática en la dimensión del tiempo y 8 Argumentos comparativos que elaboran una conexión sistemática en la dimensión del espacio (Alexy pag. 56).

De lo anterior solo queremos dejar plasmado que en cuanto a la aplicación directa de las normas constitucionales en las relaciones jurídico privadas en Panamá que si incorporamos el epígrafe aludido anteriormente en el artículo 2 se producen las siguientes vertientes:

Caso A En donde se observe la violación de derechos humanos constitucionalizados o principios de derecho fundamentales se aplica la norma directamente.

Caso B En caso de laguna o insuficiencia de normas aplica:

- Analogía sea analogía legis o analogía iuris (principialístico)
- En la doctrina constitucional Tanto nacional o internacional donde se apliquen principios de derecho constitucional o principios generales del derecho en los fallos constitucionales o la doctrina de los tratadistas, autores o investigadores.

- Los principios generales del derecho Los cuales se encuentran algunos implícitos y otros no algunos se descubren y otros que devienen de su búsqueda mediante la aplicación de las vías legales y jurisprudenciales mediante los métodos inductivo y emocional intuitivo

Caso C En caso de oscuridad de la norma aplicar se puede utilizar conforme al caso B o directamente la norma constitucional que principalmente se adecue al caso

En todos los casos anteriores para la aplicación directa de la norma constitucional es necesario que se emplee el método de la argumentación jurídica de principio sean argumentos jurídicos especiales como la analogía prejudiciales histórico que elaboran una conexión sistemática en la dimensión del tiempo o argumentos comparativos que elaboran una conexión sistemática en la dimensión del espacio Estos son los que serán los que sustentarán tanto la racionalidad y la razonabilidad de la decisión

Con lo anterior resolvemos la pregunta que inició este capítulo es la forma como se puede aplicar la Drittwirkung der Grundrechte directa en las relaciones jurídicas particulares en Panamá

Con esto postulamos un verdadero cambio del paradigma en la interpretación y aplicación de las normas en la solución de conflictos de particulares en los que se vulneren derechos humanos constitucionalizados o derechos fundamentales

CONCLUSIONES

- 1 El hombre fue puesto en la tierra con la finalidad de ser la imagen y representacion visible de Dios en la Tierra otorgandosele poderes o dominio sobre todo lo creado excepto su igual y sin ninguna necesidad de exigir derechos una vez violentandose la regulacion natural el mismo pierde ese dominio requiriendo entonces establecer una formula de exigibilidad de derechos naturales frente a otros seres humanos
- 2 Asi los sumerios al cambiar los sacerdotes por magistrados elaboraron El Codigo como la primera forma de organizacion u mas adelante El Codigo de Hammurabi se regularon la propiedad sueldos honorarios y la esclavitud asi como las relaciones domesticas y el crimen
- 3 En el Derecho Romano Clasico es que se empieza a efectuar una division entre las clases de las personas y el derecho a aplicar las personas clasificadas entre ciudadanos y no ciudadanos y las leyes civiles y las de gentes respectivamente
- 4 El ultimo Periodo Romano con el Emperador Justiniano y la recopilacion de las Constituciones Imperiales y los fallos jurisprudenciales en el Codigo y el Nuevo Codigo hace relucir la aplicacion de estos textos como regulacion de las relaciones de derecho privado y de derecho publico
- 5 Las Escuelas que se propagan en los siglos XIII XIV y XVI como Bartolomeo de Sassoferrato Hugo y los iusracionalistas desarrollan las formas de interpretacion de las leyes y normas de los Codigos sin intervencion de las Constituciones porque estas tenian una finalidad en el Estado Liberal para amparar a los particulares frente al Estado
- 6 En los años de la Revolucion Francesa 1789 con la aprobacion de la Declaracion de las Derechos del Hombre y el Ciudadano se reconocen los derechos naturales inalienables y sagrados del hombre pero tambien se protege la propiedad y la libertad
- 7 Los derechos del ser humano hoy llamados humanos y que en primera instancia solo se exigian entre privados una vez creado el Poder Estatal es necesario que estos sean protegidos por la Carta Magnas que se llevan el nombre Derechos Humanos constitucionalizados o Derechos Fundamentales
- 8 En la Constitucion Francesa de 1791 se enmarca el Estado Liberal y este establecia la monarquia constitucional y la soberania nacional Por otro

lado, en 1804 surge el Código de Napoleón, o Code Civile, y pasa a ser única fuente de Derecho.

9. Para los intérpretes como los exegetas y los positivistas el Derecho es la ley, el Derecho Civil es el Código, para las relaciones privadas, pero no así para las relaciones Estado-Ciudadano.
10. Más adelante, pasa el Estado Liberal al Estado Social de Derecho, y con ello las constituciones, incorporando mismos temas de derecho social, o de protección legislativa como las personas, derechos humanos, y hasta derechos sociales. Sin embargo, el carácter de estas normas sociales en las Constituciones era un nivel programático, que requería la labor legislativa que les diera un desarrollo ulterior.
11. El Neo Constitucionalismo, o Estado Constitucional, es la fórmula que propende la aplicación de la Constitución como norma tanto en las relaciones Estado-ciudadano, como Ciudadano-ciudadano o privados. Al que Jurgen Habermas denomina Colonización jurídica.
12. Producto del nuevo enfoque del Estado de Derecho al Estado Constitucional se produce una vinculación asimétrica entre el Derecho Civil y el Derecho Constitucional, llegando a complementarse, apoyarse y condicionarse.
13. La teoría de la Drittwirkung der Grundrechte, nace con el Caso Luth, 1958, cuando un Tribunal Constitucional Alemán, decide revocar la orden de un juez, que resolvió dicho caso con una norma infraconstitucional, pero mediante un Amparo interpuesto por Luth. El Tribunal Constitucional aplica una norma constitucional, para la resolución del conflicto estableciendo que Luth no causaba daño por el boicot, ya que tenía libertad de expresión. Es ésta, la fórmula se conoce como Aplicación indirecta de la norma constitucional.
14. Antes del Caso Luth, se reconocen otros casos como el fallo de 1957 sobre la nulidad de una prescripción contractual de disolución de vínculo laboral si contraían Nupcias y despedida por esa cláusula.
15. Posterior al caso Luth, se presentan dos jurisprudencias, de Lebach y Blinkfuer en el cual el Juez aplica directamente la norma constitucional es en estos casos que encontramos la Aplicación directa, pero contrario al caso Luth. También en la jurisprudencia norteamericana se encuentran protecciones en casos de derecho de igualdad por motivos de las luchas raciales, y en latinoamerica el caso Laboral de Samuel Kot, de 1958.

- 16 La Drittwirkung der Grundrechte es la denominacion de la Teoria de la Eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en cuanto a la validez de los derechos fundamentales en el derecho privado se le llama Horizontalwirkung y así se han dado otros terminos relacionados En las acepciones mas modernas se le llama Derecho Civil Constitucionalizado o Civilizacion del Derecho Civil a la validez de las normas constitucionales en el Derecho Comun o Civil
- 17 En nuestra historia constitucional no es hasta la Constitucion de 1972 en la reforma de 2004 es la que pone de relieve la consideracion de los derechos humanos constitucionalizados con fin de que tengan eficacia y validez cuando adiciona al articulo 17 de la Constitucion que los derechos y garantias consagrados deben considerarse como minimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana
- 18 Desde el año 1990 la Corte Suprema ha señalado un largo listado de los derechos constitucionales que se pueden pedir mediante el amparo pero solo contra las ordenes emanadas por las autoridades mas no así los actos de los particulares
- 19 A pesar que los Amparos de garantias no son admisibles contra actos de particulares en el año de 1997 un Juez de Circuito Provincial va contra legem al Artículo 54 de la Constitucion Nacional admitiendo un Amparo de garantia interpuesto contra un Centro Educativo Privado porque por desavenencias entre Padres de familia y una señora se le comunica de forma escrita que se rescinde el contrato de servicios educativos El Juez admite el amparo y falla a favor de la madre de familia despues la Corte por otros medios procesales condena al juez por tal decision
- 20 Mediante un Amparo del Pleno de nuestra Alta Corporacion de Justicia en el 2008 el Ponente Magistrado Jeronimo Mejia hace el primer intento por ampliar la concepcion anterior mediante el Reconocimiento de Instrumentos internacionales como la Convencion Americana sobre Derechos Humanos aprobada en Panama mediante la Ley 15 de 28 de octubre de 1977 suscritos por Panama que permitirian reconocer la eficacia de derechos constitucionales en las relaciones juridicas privadas
- 21 Los postulados del Positivismo juridico opuesta al ius naturalismo clasico exige aplicar la norma aplicable al caso siendo el silogismo juridico su mayor exponencial de interpretacion hecho o caso mas la consecuencia produce el resultado
- 22 El Estado de Derecho Constitucional que rebasa la legalidad preve que se incluyan decisiones de los jueces tanto la norma aplicable para resolver

el conflicto como también, que guarden congruencias en el conjunto de principios y reglas constitucionales, y reconoce que la Constitución es norma jurídica.

23. La tesis de la aplicación indirecta o mediata, que nace con el Caso Luth, se fundamenta que los derechos fundamentales o principios constitucionales deben ser desarrollados por la ley, es decir la legalidad debe ser interpretada conforme al sentido de aquellos. Se da bajo dos vías: Por medio de la acción del legislador y por los jueces y tribunales teniendo en cuenta los valores que los derechos fundamentales encarnan (interpretación conforme).
24. Los opositores de la tesis indirecta o mediata, establecen que esta sentencia desconocía la norma de directa aplicación en el caso, otros como Quadra-Salcedo Fernández del Castillo señala que esta sentencia no violaba ningún derecho fundamental porque el señor Luth no era titular de derechos fundamentales en ese caso privado.
25. De la Teoría de la Drittwirkung indirecta se desprendió la teoría del Deber de Protección, y tanto los constitucionalistas como Starck, los civilistas Wilhem Canaris, el Estado debe proteger los derechos fundamentales de las personas ante afectaciones de otros particulares a través de la legislación o desarrollo legislativo.
26. La tesis de Shawe, surge en contraposición a la tesis indirecta, ya que este, señala no existe tal aplicación, es un problema aparente y no real, porque es sólo frente al Estado que se produce la exigencia de los derechos constitucionales, y en un caso entre particulares, cuando el Poder Judicial lo resuelve supondría que el Estado es el que afecta el Derecho Fundamental en la medida en que este forma parte de la autoridad judicial que decidió. Y en el caso de la Tesis de Lombardi, para él no hay diferencia alguna entre las relaciones entre el Estado-particulares y las que existen entre solo particulares.
27. La tesis de la Drittwirkung directa, o aplicación directa, e su concepción más simple, es la que se produce cuando un juez es autorizado a resolver un caso de derecho privado invocando las disposiciones constitucionales sin esperar que se desarrollen en un texto legal.
28. Las posturas de la aplicación directa de las normas constitucionales van desde la que es directa, o cuando hay lagunas legales o de normas (paetrem legem), o contra la ley (contra legem) como también cuando hay oscuridad en una norma aplicable.

29. Entre las críticas doctrinas de la drittwirkun directa encontramos la que establece que la aplicación directa solo es concebible cuando así lo disponga el texto constitucional, y antagonismos como, en cuanto a los derechos fundamentales a veces hay más de dos argumentos para solucionar un conflicto. Y algunos autores latinoamericanos han establecido que algunos juzgadores dejan de aplicar la ley en casos concreto so pretexto de determinar que los mismos son resueltos de manera más justa, de vuelta a reconocer valores constitucionales.
30. En cuanto a la construcción de aplicación directa mediante la principalización constitucional o general, se observan las posiciones de Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelski y Robert Alexy, quienes opuestos al positivismo puro, adoptan la posición de los principios en vez de las reglas. Cada uno de éstos adoptan precisamente las diferencias entre ellos, para determinar que resolver un caso, y en principio los difíciles tendrán que ponderar el Juez, el principio sobre la regla.
31. La solución de la Nomoárquica, o la ciencia de los principios, es la que nos va a llevar resolver el caso, vía principios, sean estos generales, constitucionales o los que no están ni consagrados (que se descubren). La Nomoárquica, utiliza los métodos deductivos, inductivo y de intuición emotiva-sentido común para descubrir el principio.
32. Para los efectos del descubrimiento del principio para resolver el caso difícil o de insuficiencia legislativo o de oscuridad de la ley se utilizan los métodos inductivos (vía legal o jurisprudencial) o de intuición emotiva (vía doctrinal y el sentido común o common sense). Mediante los principios que estén constitucionalizados, o bien los que se descubren, reconocidos como generales del derecho, serán los que se utilizaran una vez encontrados, para resolver los conflictos en las relaciones jurídico-privadas, tanto en los casos difíciles, como también aquellos que vulneren los derechos humanos constitucionalizados o de derecho fundamental.
33. Países como España y Colombia, hacen eco de la aplicación directa de las normas constitucionales sobre bases jurisprudenciales, y no literalmente en la Constitución, sin embargo, la Constitución de Ecuador si está taxativamente contemplado, en su artículo 11 numeral 3 “de aplicación directa e inmediata...” y por cualquier funcionario. En Uruguay, se ponen frente a frente las normas del Código Civil uruguayo, y las normas constitucionales en sus artículos 257 y 332, que pareciere que es la doctrina dividida, unos a favor de aplicarse conforme las normas enunciadas y otros que la niegan. En el Caso de Perú, el autor Mendoza Escalante señala que hay tres disposiciones que establecen el efecto

directo como los son el principio de la dignidad de la persona, primacía de la Constitución y el amparo contra actos provenientes de particulares.

34. La Civilización constitucional o normatividad constitucional civil, que no es más que la elevación de las categorías del derecho civil a la Constitución, tiene su justificación en que los problemas del diaria vivir de los particulares se resuelvan conforme no solo al derecho, sino también en Justicia, o fundamentada en los principios y valores fundamentales, para un fin en equidad.
35. Ahora bien, esta justicia vista como equidad, no es igual a la contemplada por Aristóteles, o la de dar a cada uno lo suyo, sino como propone John Rawls, en donde producto del establecimiento de las instituciones creadas por la sociedad para vivir en un Estado de Derecho, se brinda a través de la igualdad, libertad y recompensa por servicios que contribuyan al bien común.
36. La justicia como equidad, conforme las libertades de igualdad, libertad y seguridad de las instituciones como la familia, las formas de propiedad, la estructura económica, contenida en la Constitución, la encontramos en el Preámbulo de nuestra Constitución, que reconoce ser un Estado Social de Derecho que garantiza la libertad, con estabilidad institucional (acordada por la sociedad en la constitución según Rawls), y que exacta la dignidad humana (como principio y de derecho fundamental), además de procurar el bienestar general (que reconoce que las instituciones contribuyan al bien común) es la que requiere que se aplique directamente en las relaciones jurídico-privadas en nuestro País.
37. La Drittwirkun indirecta en el ordenamiento jurídico panameño, es aplicable por lo que se denomina por el Principio de supremacía constitucional (reconocido también en el Código Civil y la Constitución) y la de la Interpretación Conforme.
38. La Drittwirkung directa o inmediata a prima facie se aplicaría conforme a los casos que se presenten de : Laguna legal; Aplicar otras fuentes de derecho (artículo 13 del Código Civil); Si el juez se negase a fallar (Artículo 8 CC) y si la norma civil es contraria a la constitución.
39. En cuanto al artículo 13 como base para la aplicación directa por laguna legal, que inicia recurriendo a la Analogía, que bien será la Analogía iuris más que la legis, pues la iuris es la que aplica los principios generales de derecho. Ya que, en la Analogía y los principios hay una tarea común que es rellenar lagunas. En el caso de la doctrina constitucional, al estar ésta, compuesta por la creación, interpretación e integración, de las normas constitucionales que son principios generales de derecho constitucional,

por inferencia lógica estaríamos aplicando el método deductivo para llegar al principio constitucional que resuelve la controversia entre particulares o sujetos de derecho privado.

40. Las Reglas Generales de Derecho o Principios Generales de Derecho, es la base que tenemos para la aplicación directa de las normas y principios constitucionales en las relaciones jurídico privadas. Con el método deductivo de la Nomoárquica, por la vía legal podemos encontrar o descubrir, el principio que resuelve el conflicto, aunque en ese sentido, en el Código Civil Patrio, podemos encontrar los de igualdad (Art 1); la buena fe (Art. 419, 1109, 1687, 1162 y 1168); Autonomía de la Voluntad (1106); No causar daño (Art. 9865 y 1644); No enriquecimiento sin causa (1643, 1643 a, 1643 c) y normas de orden público y privado. Así, como también, el derecho a la vida y su protección (artículo 41-44) y el abuso del derecho (artículo 622).
41. La propuesta legislativa es necesaria para aplicar la Drittwirkung directa, por lo que si al artículo 2 del Código Civil le añadimos “las normas de la Constitución de eficacia inmediata sobre derechos fundamentales, deberán aplicarse en forma directa en las controversias que lo ameriten.
42. La propuesta legislativa, si es consagrada, se resolvería con la propuesta de la ciencia jurídica de la Principialística desarrollada por la Argumentación Jurídica, ya que requiere de un desarrollo argumentativo, en el cual se encuadran los argumentos de principios, que se subdividen también en argumentos jurídico especiales como la analogía, prejudiciales, históricos y comparativos que elaboran una conexión sistemática en la dimensión del espacio.
43. De la propuesta legislativa y hermenéutica se produce un diseño aplicable de la Drittwirkun directa o aplicación directa de las normas constitucionales en las relaciones privadas en nuestro derecho civil panameño:
 - Caso A. En donde se observen la violación de derechos humanos constitucionalizados o principios de derecho fundamental se aplica la norma o principio directamente.
 - Caso B. En caso de laguna o insuficiencia de normas aplica:
 - Analogía:** sea legis o analogía iuris (principialístico)
 - Doctrina Constitucional:** Tanto nacional o extranjera donde se aplique principios de derecho constitucional o principios generales del derecho en los fallos constitucionales.
 - Los Principios generales del Derecho.** Sean implícitos y otros no algunos se descubren y otros que devienen de su búsqueda vía legal o jurisprudencial mediante el método inductivo.

- 44 Es con estos supuestos que el juez civil ordinario no solo resolvera un caso de derecho privado con una sentencia conforme a derecho sino que tendra la facultad por medio de la propuesta tanto legal como propuesta hermeneutica (desarrollar la argumentacion principilistica) aplicar en sus fallos derechos humanos constitucionalizados o bien en principios generales para emitir fallos justos y en equidad

RECOMENDACION

Nuestra recomendacion es, añadir al articulo 2 delCodigo Civil patrio, de aplicacion directa de normas constitucionales de derecho fundamental asi

Articulo 2 delCodigo Civil Panameño

El tribunal que rehusa fallar a pretexto de silencio oscuridad o insuficiencia de las leyes incurrira en responsabilidad

Las normas de la Constitucion de eficacia inmediata sobre derechos fundamentales, deberan aplicarse en forma directa en las controversias que lo ameriten

Asi se lograran cumplir dos propositos en la esfera civil resolver tanto los casos de insuficiencias de leyes o los de oscuridad como tambien procurar que los casos sean resueltos conforme a la Constitucion en base a los derechos humanos constitucionalizados

BIBLIOGRAFIA

Libros consultados

- Aguiar Grados Guido (2014) *La Constitucionalización del Derecho en el Perú* Perú Egacal
- Alexy Robert (2005) *Teoría del discurso y derechos humanos* (Serie de teoría Jurídica y Filosofía del Derecho ed) Bogotá Universidad Externado de Colombia
- Alexy R (1989) *Teoría de la Argumentación Jurídica* Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo España Centro de Estudios Constitucionales
- Alexy R (2012) *Teoría de los Derechos Fundamentales* 2da ed Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido Madrid Centro de Estudios Políticos y constitucionales
- Alflen Da Silva K S (2006) *Hermeneutica Jurídica y Concreción Judicial* (H O Maldonado Trad) Bogotá Colombia Temis S A
- Arauz H (2012) *El Proceso Constitucional de Amparo* Doctrina y Jurisprudencia Panamá Imprenta Articsa
- Arrocha O (2016) *Biografía y Genealogía de un Código Por 100 años de Derecho Civil* Panamá
- Barrios Chavez Luris (2015) *La Constitución de los Derechos Fundamentales* Panamá Librería & Editorial Barrios & Barrios
- Bernal Pulido C (2014) *El principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales* 4ta edición actualizada Bogotá Colombia Universidad Externado de Colombia
- _____ (2009) *El Neoconstitucionalismo y La Normatividad del Derecho Escritos de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho* Universidad Externado de Colombia
- Bobbio N (2007) *Teoría General del Derecho* Bogotá Colombia Editorial Temis S A
- Calderón Villegas J J (2013) *La constitucionalización del derecho privado La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia* 2da ed Bogotá Editorial Temis S A

Chen Stanziola M C (2014) *Los derechos fundamentales en la sociedad de la informacion Una propuesta para su proteccion en Panama* Bogota Colombia Ediciones Nueva Juridica

Chen Stanziola M C (2016) *Las Sentencias Constitucionales Contenidos Limites y Alcances en materia de proteccion de los derechos fundamentales* Bogota Colombia Ediciones Nueva Juridica

De Castro y Bravo F (1949) *Derecho Civil de España* Madrid Civitas

Del Vecchio G (1993) *Los Principios Generales del Derecho* Barcelona Editorial Bosch

Difernan B (1977) *Curso de Derecho Civil Panameño Tomo I (Vol I)* Panama Biblioteca Editorial La Antigua

Dworkin Ronald (1989) *Los Derechos en Serio Taking Rights Seriously* (2da ed ed) S Ariel Ed & M Gustavino Trad Barcelona España

Gomez Gallardo Perla (2009) *Filosofia del derecho* 2da ed Mexico IURE Editores

Guastini Riccardo (2010) *Interpretacion Estado y Constitucion* Peru Ara Editores E I R L

Hess Herrera Ingrid (2009) *El control juridiccional de los limites de la Constitucion (La interpretacion del Juez)* San Jose Editorial Investigaciones juridicas S A

Hesse K (1995) *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (I Gutierrez Trad) Madrid España Civitas S A

Kelsen Hans (1995) *Teoria General del Derecho y del Estado* Traducccion de Eduardo Garcia Maynez Mexico UNAM

Lasalle F (1908) *¿Que es una Constitucion?* Buenos Aires Ediciones Siglo Veinte

Leslie I (2009) *Creados a la imagen de Dios* El Salvador San Salvador MT Beth internacional

Londoño A C A (2014) *Bloque de constitucionalidad* 8va reimpresion Colombia Ediciones Nueva Juridica

Meroi A (2007) *Iura novit Curia y la decision imparcial* Revista Iuris et Praxis 13 (2)

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122007000200015

Molino Mola E (2011) *La Jurisdiccion Constitucional en Panama* 4ta ed Panama Universal Books

Rey Cantor E (2012) *Las generaciones de los derechos humanos* (5ta edicion 2da reimpresion ed Bogota Universidad Libre

Nicolo L (2016) *Las categorias del derecho civil* (Giuppre 1955 ed) (A L Serrano Trad) Madrid Panama Dykinson S L

Nisimblat Nattan y Chen Stanziola M C (2013) *Nuevas Tecnicas en la Administracion de Justicia y Derechos Fundamentales* Bogota Ediciones Doctrina y Ley Ltda

Parra Benitez J (2016) *La Constitucionalizacion del Derecho Privado en Colombia en Responsabilidad Civil Derecho de Seguros y Filosofia del Derecho* Bogota Colombia

Petite Eugene (2007) *Tratado Elemental de Derecho Romano* Mexico Editorial Porrúa

Rawls John (1979) *La Teoria de la Justicia* Traducccion de Maria Dolores Gonzalez Mexico Fondo de Cultura Economica

_____ (2002) *La Justicia como Equidad Una reformulacion* Madrid Ediciones Paidós Iberica S A

Rey Cantor E (2012) *Teorias Politicas Clasicas de la Formacion del Estado* 5ta ed 2 reimpresion Bogota E R C

_____ (2012) *Las generaciones de los derechos humanos* (5ta edicion 2da reimpresion ed) (E R C Ed) Bogota Colombia Universidad Libre

Soler Sebastian (2008) *La interpretacion de la ley* Bogota Grupo Editorial Ibañez

Tovagliari Van Rompaey y Barbieri (2016) *Aplicacion directa de principios y normas constitucionales* Uruguay La Ley

Olano Garcia H A (2010) *Fuentes del Derecho Ley Costumbre Jurisprudencia Doctrina y Principios Generales del Derecho* Bogota Ediciones Doctrina y Ley Ltda

Pabon Parra P A (2016) *Constitucion Politica de la Republica de Panama Esquemática* Bogota Colombia Ediciones Doctrina y Ley Ltda

Valencia Moreno A (2017) *Lecciones de Derecho Civil Personalidad Personas y actos o negocios juridicos* 2da ed Panam Editorial Novo Art S A

Valencia Moreno A (2017) *Derecho Civil Parte General* Panama Novo Art S A

Valencia Restrepo H (1993) *Nomoarquica Principialistica Juridica o los Principios Generales del Derecho* Bogota Editorial Temis S A

_____ (1999) *Nomoarquica Principialistica Juridica o los Principios Generales del Derecho* Bogota Editorial Temis S A

Vigo Luis (2012) *Constitucionalizacion y Judicializacion del Derecho Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional* Coleccion Internacional No 42 Bogota Grupo Editorial Ibañez

Villabella C P (2014) *Derecho Civil Constitucional* Mexico Grupo Editorial Mariel

Tesis consultadas

Medinaceli Rojas G (2013) *La aplicacion directa de la Constitucion* Quito Ecuador Corporacion Editora Nacional Obtenido de repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3836/1/SM134 Medinaceli La%20aplicacion.pdf

Saraza Jimena R (2008) *Jueces Derechos Fundamentales y Relaciones entre particulares* La Rioja España Universidad La Rioja <https://dialnet.unirioja.es/descargas/tesis/1407.pdf>

Articulos consultados

Alfaro R J (1968) *Reglas generales de Derecho* Anuario de Derecho Año 1 mayo 1955 enero 1956 Panama Universidad de Panama

Barber Cárcamo, R. (2004). La Constitución y el Derecho Civil. *REDUR*(2)

Ballarín Iribarren, J. (1988). Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares.(La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). *Revista Española de Derecho Constitucional*(24).

Barrios Gonzalez, B. (2012). *Barrios Gonzalez, Boris. (2012) El Amparo contra actos de los particulares*.oads/2012/el-amparoc-ontra-actos-pdf. Obtenido de www.borisbarriosgonzalez.com/wp-content/uploads/2012/el-amparoc-ontra-actos-pdf.

Barroso, L. R. (2008). *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil* UNAM. Obtenido de archivos.juridicos.unam.mx.

Campos Zamora, F. (Junio de 2016). *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre sujetos de derecho privado sobre la doctrina de la Drittwirkun der Grundrechte*. *Revista Judicial*(119), 81-104.

Cano, R.-M. J. (1999/2000). *Sobre los principios generales del Derecho.Especial Consideración del Derecho Español. Telemática de Filosofía del Derecho*. Obtenido de www.derecho.unam.mx

Corral Talciani, H. (octubre de 2010). Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado. *Derecho Mayor (Universidad Mayor) Chile*. Obtenido de <https://corralatalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf>.

Cuchumbé Holguín, N. (2003). Jhon Rawls: La Justicia como Equidad. *Criterio Jurídico* (3), 7-33.

De León Batista, H. A. (2012). I Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional y III Congreso Internacional Proceso y Constitución. *Validez y Eficacia de las normas de Derechos Fundamentales: Una orientación hacia las relaciones interpersonales*. Panamá.

Del Moral, O. (2006). El Código de Bello en Panamá. *Estudios Socio-Jurídica*, Vo. 8. scielo.org.co, 8.

Dorantes Diaz F J (26 de Enero de 2012) Algunos argumentos juridicos especiales La analogia y la abduccion Los argumentos a contrario y a fortiori *Alegatos*

Escobar Fornos I (s f)
Aplicacion de derechos fundamentales en las relaciones privadas
 Obtenido [https //archivos juridicas unam mx/www/bjv/libros/6/2701/10 pdf](https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2701/10.pdf)

Gamarra (2012) Neoconstitucionalismo codigo y ley especial *FCU*

Gutierrez Santiago P (2011) La Constitucionalizacion del Derecho Civil (r derecho@udea edu com Ed) *Estudios de Derecho* 68(151)

Jaramillo J T (s f) La Constitucionalizacion del derecho privado en Colombia *La Constitucionalizacion del derecho privado en Colombia* Bogota

Jimenez Cano R M (1999) Sobre los Principios Generales del Derecho Especial consideracion en Derecho Español *Telematica de Filosofia del Derecho*(3) 1 18

Landa Arroyo C (2014) *La Constitucionalizacion del Derecho Civil El Derecho Fundamental a la Libertad Contractual sus alcances y sus limites Themis* 309 327

Meroi A (2007) Iura Novit Curia y Decision imparcial *Revista Ius et Praxis*(13) 379 390
[cielo www revistaeipraxis cl/index php/iepraxis/article/download/475/351](http://www.revistaeipraxis.cl/index.php/iepraxis/article/download/475/351)

Monroy Cabra M G (2002) La Constitucion como fuente de Derecho Sistema de fuentes
 (https //revistas colaboracion juridicas unam mx derecho constitucional Ed) *Anuario de Derecho constitucional Latino*

Rojas Amandi V M (s f) El concepto de derecho de Dworkin
 (http //www sitioswwwweb com/miguel/el_concepto_de_derecho_de_ronal_dworkin pdf Ed) *Biblioteca Juridica Virtual del Instituto de Investigaciones Juridicas de la UNAM*

Sanchez S *Integracion e interpretacion judicial de la ley en Panama* (2008) Panama Revista Debate Num 15

Sierra Gutierrez A (2011) Panorama actual de la constitucionalizacion del derecho privado en Colombia Teorias juridicas y filosoficas
[https //dialnet unirioja es/descarga/articulo/4121062 pd](https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4121062.pdf)

Parra Benitez J (2016)) *La Constitucionalizacion del Derecho Privado en Colombia en Responsabilidad Civil Derecho de Seguros y Filosofia del Derecho* Bogota Colombia

Quiros Almanza C G (2014) XI Congreso Panameño de Derecho Procesal *Necesidad de la accion de amparo de garantias constitucionales contra actoso de particulares XI* Bogota Sigma Editores Ltda

Valencia Moreno A (2017) *Lecciones de Derecho Civil (Personalidad Personas y Acotso o Negocios Judiricos* Panama Editorial NovoArt S A

Valencia Moreno A (2016) *Situacion Actual del daño moral en las personas juridicas* XIII Congreso Panameño de Derecho Procesal Bogota Sigma Editores S A S

Valencia Restrepo H (1996) *Panorama de una Nomoarquica General* (R d Ciencias Ed) *Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Politicas*

Valencia Restrepo H (1999) *Nomoarquica Principialistica Juridica o PRincipios Generales del Derecho* (Segunda edicion corregida aumentada puesta al dia y parcialmente refundida ed) Bogota Colombia TEMIS S A guiasjuridicas.wolterskluwer.es/content/Document (s f)

Vargas Hernandez C I (2005) *La incidencia de la Constitucion de 1991 sobre el Codigo Civil Colombiano* Revista de Derecho Privado(8)

Vernaza Villar N (2012) *Los Derechos sociales como derechos fundamentales en el Estado Contemporaneo* En C d Autores & D B Gonzalez (Ed) *Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano* Panama Panama Universal Books

Villalba Bernie P D (2014) *El Constitucionalismo de los Derechos Constitucionalizacion del ordenamiento juridico Nuevos Paradigmas* Panama Libreria & Editorial Barrios y Barrios

Apuntes consultados

Lombardo Julio *Metodologia del Derecho Apuntes de Doctorado en Derecho con enfasis en Derecho Civil* (2010)

Salas Juan Camilo (2011) *Apuntes de Doctorado en Derecho en la Universidad Santa Maria La Antigua* Panama

Constituciones, Leyes y Codigos

Constituciones

Constituciones de la Republica de Panama (1968)
Seccion de Investigacion Juridica Panama Seccion de Investigacion Juridica
Impreso en La Estrella de Panama

Constitucion de Colombia

Constitucion de Chile

Constitucion de Ecuador

Constitucion de Panama (2012) Actualizada Edicion Sistema Juridicos

Constitucion de Peru

Constitucion de Uruguay

Codigo Civil de España (2001) 1 Edicion España Editorial Tecnos (Grupo Amaya)

Codigo Civil de la Republica de Panama (2012) Edicion Sistemas Juridicos

Codigo Civil de la Republica de Uruguay